جامعة عين شمس
كلية الحقــــوق

آثار تصرفات الوكيل المُسخر ومن فى حكمه

رسالة دكتوراه فى الحقـــــوق

مقدمه من

الباحـث
شوقي أحمد عبدالله حسب الله

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة:

١ـ الأستاذ الدكتور/حمدى عبدالرحمن أحمد (رئيســـــا)
أستاذ القانون المدني ـ كلية الحقوق ـ جامعة عين شمس
وعميد كلية الحقوق ـ جامعة المنوفية «سابقا»

٢ـ الأستاذ الدكتور/فيصل ذكي عبدالواحد (مشرفا وعضوا)
أستاذ القانون المدني ـ كلية الحقوق ـ جامعة عين شمس

٣ـ الأستاذ الدكتور/ عبدالعزيز المرسي حمود (عضـــــوا)
أستاذ ورئيس قسم القانون المدني ـ كلية الحقوق ـ جامعة المنوفية

٢٠٠٦م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وَقُل رَّبِّ زِدْنِي عِلْمًا﴾

طه: ١١٤

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

إهـــداء

إلى من كان سبباً مباشراً لوجودى فى هذه الحياة ورعانى وأحسن تربيتـــى صغيراً على القيم الدينية والخلق القويم وحب العلم وظل يرعانى كبيراً وكان دعاؤه خير لى فى هذه الحياة والسراج المنير الذى أهتدى به فى مشوار حياتى.

إلى والدتى ووالدى رحمهما الله وطيب الله ثراهما.

إلى زوجتى الغالية التى هيأت لى جو البحث وشاركتنى عناؤه ووقفت إلـــى جوارى مساندة ومشجعة لى وأجهدت نفسها – وهى قريرة العـــين – فـــى ســـبيل راحتى.

وإلى أبنائى الأعزاء رشا وراندة ورانيا وأحمد سائلاً الله تعالى أن يبـــارك فيهم وأن يجعلهم من طلاب العلم النابهين دائماً وأن يوفقهم ويسدد خطـــاهم علـــى طريق النجاح.

إلى هؤلاء جميعاً وإلى كل قارئ كريم أهدى هذا البحث المتواضع.

شكر وتقدير

يقول الله عز وجل: بسم الله الرحمن الرحيم: ﴿.... وَلاَ تَنسَوُاْ الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾.

ويقول الله عز وجل في حديثه القدسي: «من لم يشكر الناس لم يشكر الله».

الحمد لله الذى هدانا لهذا وماكنا لنهتدى لولا أن هدانا الله والشكر لله على نعمه الكثيرة والآئه العظيمة الظاهرة منها والباطنة الذى وفقنى إلى إنجاز هذا العمل المتواضع وأقدم جزيل الشكر وعظيم التقدير والأمتنان والعرفان بالجميل إلى **الأستاذ الدكتور/فيصل ذكى عبدالواحد** – أستاذ القانون المدنى بكلية الحقوق – جامعة عين شمس على تفضله بقبول الإشراف على هذه الرسالة رغم مشاغلة الكثيرة وقد رأيت فيه العلم الغزير والخلق الرفيع والتواضع الجم والرحمة والجسود والصبر والورع احسبهما كذلك والله حسيبهما ولا أزكى على الله أحداً. وقد كان لتوجيهاته الرشيدة وآرائه الحكيمة ونصائحة السديدة الفضل الأول بعد الله تعالى فى إخراج هذا العمل بهذه الصورة فجزاه الله أستاذى الكريم عنى خير الجزاء ونفع به وأدام عليه الصحة والعافية وجعل هذا العمل فى ميزان حسناته وفى مرتبته العلمية التى يتبؤها فى مصاف الفقهاء.

وأقدم جزيل شكرى وعظيم تقديرى لأساتذتى الأجلاء أعضاء لجنة المناقشة والحكم على تكرمهم بقبول المشاركة فى مناقشة هذه الرسالة وإثرائها بملاحظاتهم وتوجيهاتهم السديدة.

وأتقدم بوافر الثناء والتقدير إلى القائمين على شئون المكتبات العلمية وأخص منهم أمناء مكتبة الكلية والمكتبة المركزية بالجامعة.

والشكر موصول لكل من أمدنى بكتاب أو معلومة أو نصيحة أو ساعدنى فى كتابه هذه الرسالة.

والله أسأل أن يلهمنى الرشد والصواب والتوفيق والسداد وأن يجنبنى العثار إنه سبحانه وتعالى أعظم من سئل وأكرم من أجاب.

المقدمــة

لاشك أن الغرض من إبرام العقد ليس هو المقصود فى حد ذاته ولكن من أجل الحصول على آثار اقتصادية معينة ومن ثم فإن كل متعاقد يريد أن يساهم بإرادتــه فى إبرام رابطة عقدية مع أحد الأغيار يبدأ فى عملية تفكير وتــدبر لمحتواهــا[١]، سواء من ناحية الإلتزامات التى تفرض عليه وتشكل عبئاً يثقل كاهله، ومدى إمكانية قيامه بتنفيذها وفقاً لمركزه المالى أو من ناحية الحقوق التى يريد الحصول عليهــا من وراء إبرام العلاقة التعاقدية، ومدى إمكانية الحصول عليها دون أدنى معاناه من بذل الجهد والوقت والمال. مثال ذلك إذا كان هناك شخص يبغى بيعاً لشيء مملوك له فإنه يحدد ما يحصل عليه من ثمن نقدى وما يلتزم تجاه المــشترى مــن تــسليم المبيع وكذلك الحال فى عقد الإيجار فإن المؤجر يحدد القيمة الإيجارية التى ســوف يحصل عليها من المستأجر وفى المقابل ما يلتزم به تجاه الأخير من تمكينــه مــن الإنتفاع بالعين المؤجرة، وإذا كانت الإلتزامات الناتجة عن هذه العلاقة التعاقديــة لا تستوجب – فى الغالب الأعم – أن يعلن المدين بشخص الدائن بالإلتزام على وجــه التحديد[٢]، ولكن على العكس من ذلك بالنسبة للحقوق التى يهدف الدائن الحــصول عليها من وراء العلاقة التعاقدية، لأن كل صاحب حق ينتج عن عقد معين أبرمــه يراوده التفكير فى الوسائل التى يستطيع بموجبها أن يتجنب من خلالهــا المخــاطر المترتبة على عدم الحصول على حقه، والتى تتمثل فى إمكانية دخوله فــى قــسمة الغرماء من جراء إفلاس أو إعسار الشخص الذى يريد التعاقد معه أو التسويف أو المماطلة فى الوفاء بهذا الحق، أو بذل المشقة والمتاعب فى استيفائه. وبناء عليــه تظهــر الأهمــية نحــو تحديــد الشخص الذى تتأثر ذمته المالية بآثـــار العقــد

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – أثر عدم إعلان النائب عن صفته الحقيقيــة فــى التعاقد وفقاً للقانونين الكويتى والمصرى عام ٢٠٠١م – الرسالة الدولية للطباعة صــ٧.

٢) توجد طائفة من العقود يتم التعويل فيها على شخصية المتعاقد من هذه العقود عقد الإيجــار حيــث يعول المؤجر غالباً على شخص المستأجر الذى أجر له العين وباعتباره الــدائن لــه بالالتزامــات الناشئة عن العلاقة الإيجارية والتى من بينها الانتفاع بالعين المؤجرة، وعلى ذلك حظــر المــشرع التأجير من الباطن أو التنازل عن الحق فى الانتفاع بالعين المؤجرة إلا بموافقة المؤجر على ذلــك. راجع فى ذلك نصوص المادتين ٥٩٣، ١/٥٩٤ من القانون المدنى.

المراد إبرامه[١] وذلك حتى يستطيع الغير أن يمارس الرخصة المقررة له فى قبول أو رفض التعاقد، وذلك بناء على الاعتبارات التى يتم التعويل عليها والتى من بينها المركز المالى، والسمعة فى الوفاء بالإلتزامات، والعوامـل الدينيـة، والأخلاقيـة، والاجتماعية[٢]، وغير ذلك من الاعتبارات المستمدة من فكرة الجنسية، والناتجة عن آثار العمليات الحربية والتى تحول فى بعـض الأحـوال دون تكـوين الـروابط العقدية[٣].

والأصل أن كل شخص يشارك بإرادته فى إبرام العقد، فإنه يظل موجـوداً وظاهراً على مسرح التعاقد باعتباره أحد طرفيه وبالتالى تتصرف فى ذمته الماليـة بشقيها الإيجابى والسلبى آثار هذا التعاقد وذلك طبقاً للقواعد الأصولية فى التعاقـد التى تقضى بأن تنصرف آثار العقد فى ذمة من شارك بإرادته فى تكوينه، مثال ذلك عقد العمل فإن كل من العامل ورب العمل يظلان أمـام الغيـر أطـراف العلاقـة التعاقدية دون سواهما نظراً لإنهما هما اللذان شاركا بإرادتهما فى إبرام عقد العمل ومن ثم تنصرف ما يولده الأخير من آثار فى ذمة كل منهما وكذلك الحال بالنـسبة لعقد التوريد وعقد البيع وعقد الإيجار وغيرها من العقود.

ولاشك أن الأمر يتطلب عند التعاقد الإحاطة بالظروف الخاصة بالـشخص الذى يبدى رغبته فى التعاقد وعندئذ يكون للغير الحرية الكاملة فى قبول أو رفـض التعاقد معه وفقاً للإعتبارات التى يعول عليها.

بيد أن متطلبات الحياة والظروف العملية تطلبت الخروج عن هذا الأصـل حيث تدخل المشرع فى كثير من الدول، ووضع أنظمة قانونية يتمكن الأشخاص من خلالها تكوين العلاقات التعاقدية[٤].

من ذلك النيابة فى التعاقد، والوكالة بالعمولة، والاشتراط لمـصلحة الغيـر، والتعهد عن الغير، والصورية النسبية الواردة على الصفة فـى التعاقـد، الوكالـة

---

١) راجع فى ذلك بالتفصيل: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ٧ ومابعدها.

٢) راجع فى توضيح ذلك: دكتور/ سمير إسماعيل – الاعتبار الشخصي فى التعاقد – رسالة دكتوراه – جامعة الإسكندرية ١٩٧٥م صـ١٣ ومابعدها.

٣) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ٧، ٨.

٤) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ٨.

بالعمولة للنقل، عقد وكالة العقود، عقد البيع بالمزاد العلنى للمنقولات المستعملة، وكالة الأعمال، نيابة الدائن عن المدين للمطالبة بحقوقه قبل الغير بموجب الدعوى غير المباشرة، النيابة عن الشخص المعنوى، الإنابة فى الوفاء، علاقة التابع بالمتبوع، علاقة الفضولى برب العمل وغيرها من الأنظمة القانونية التى لايتسع المجال لحصرها، حيث نجد أن فكرة النيابة لها تطبيقات كثيرة فى مجال القانون الخاص منها علاقة الوكيل بالموكل فى عقد الوكالة وانصراف آثار العقد الذى يبرمه الأول فى ذمة الثانى، كذلك علاقة الفضولى برب العمل وعلاقة الوصى أو الولى بالخاضع للوصاية أو الولاية، وعلاقة المتبوع بالتابع، وعلاقة الدائن بالمدين الذى يطالب بحقوقه قبل الغير عن طريق الدعوى غير المباشرة هذا فى مجال القانون المدنى، كما أن القانون التجارى قد أخذ بفكرة الوكالة غير النيابية. وذلك عن طريق الوكالة بالعمولة حيث يتعاقد الوكيل باسمه على أن تنصرف آثار العقد فى ذمة الموكل، ووكالة العقود حيث يقوم الوكيل بإبرام العقد باسم الموكل ولحسابه ولذا تنشأ علاقة مباشرة بين الموكل والغير[1]، وعلاقة السنديك بالمفلس وبجماعة الدائنين، كذلك فإن التوكيل بالخصومة كما ينظمة قانون المرافعات يعتبر تطبيقاً للنيابة فى المجال الأجرائى. كما أن القانون العام لم يغفل أيضاً فكرة النيابة عن الغير، ففى القانون الدستورى نجده يأخذ بالمفهوم العام لفكرة النيابة وذلك فى مجال النظام النيابى الذى يقوم على أساس نواب ينوبون عن الشعب يمارسون السيادة باسمه، كما أن القانون الدولى العام يبنى نظام التمثيل الدبلوماسى على فكرة النيابة حيث ينوب السفراء عن دولهم لدى الدول الأجنبية، كما تبرز فكرة النيابة عن الجماعة الدولية فى نظم الانتداب والوصاية حيث تنوب الدولة المنتدبة أو الوصية عن جماعة الدول الموضوعة تحت الانتداب أو الوصاية، وبناء عليه فإن فكرة النيابة تتسع إتساعاً بيناً لتشمل تطبيقات جد متنوعة ومتعددة. ووضع المشرع لكل فكرة القواعد الخاصة بها التى تحقق الحماية اللازمة لطرفى الرابطة العقدية وكذا طائفة الأغيار فى نفس الوقت. وعلى سبيل المثال. الوكالة بالعمولة تقوم على فلسفة

١) راجع فى ذلك: دكتور/على جمال الدين عوض- العقود التجارية عام ١٩٥٩ ص١٢٥ ومابعدها□، دكتور/ محسن شفيق - الوسيط فى شرح العقود التجارية جـ٢ ص٣٧ (*)□.

مرور ثمار العقد الذى يتم تكوينة وفقاً لها بذمه الوكيل فهذا الأخير عنـدما يسـاهم بإرادته فى تشييد الرابطة العقدية مع أحد الأغيار فإنه يعـد فـى حكـم المتعاقـد لمصلحته الشخصية فتتصرف فى ذمته ثمار العقد الذى يقوم بدوره بنقلها إلى ذمـة الموكل تنفيذاً لعقد الوكالة المبرم بينهما ومن ثم فإن عـدم إفـصاحه عـن صـفته الحقيقية أثناء التعاقد يكون مجرداً من حيث المبدأ من الأثـر القـانونى[١]، وعلـى النقيض من ذلك بالنسبة للنيابة فى التعاقد نجد أن النظام القـانونى الخـاص بهـا يقتضى وفقاً للتشريعات الحديثة انصراف آثار العقد الذى يساهم النائب - أيا كـان مصدر النيابة- فى تكوينه مع الغير فى ذمة الموكل مباشـرة دون أن تمـر بذمـة الوكيل حتى ولو كانت النيابة تشمل مرحلة التنفيذ. وبالتالى فإن الإرادة فـى هـذا الصدد تتميز بأنها تنشئ الأثر القانونى ليس فى حق صاحبها طبقاً للقاعدة العامـة ولكن فى حق شخص آخر[٢]، والنيابة فى التعاقد هى حلول إرادة شـخص يـسمى النائب محل إرادة شخص آخر يسمى الأصيل فى إبـرام تـصرف قـانونى مـع انصراف آثار هذا التصرف فى ذمة الأصيل مباشرة كما لو كانت إرادة الأصـيل هى التى ساهمت فى تكوينه[٣]، وتعتبر النيابة فـى التعاقـد وإجـراء التـصرفات القانونية من أهم منجزات الفكر القانونى الذى أملته الضرورات العملية، فهى تعـد

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد - ضوابط وحدود المظهر الجديد للرابطة العقدية فى القانون المدنى الكويتى - بحث منشور فى مجلة المحامى الكويتية السنة ١٧ عدد يناير وفبرايـر ومارس عام ١٩٩٦ صـ٥٦، ٥٧.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ سمير عبد السيد تناغو ودكتور/ نبيل إبراهيم سعد - النظرية العامة للالتزام جـ١ - مصادر الالتزام ١٩٩٣ - دار المعرفة الجامعية بالإسكندرية صـ١١٥.

٣) راجع فى ذلك: دكتور/ أحمد حشمت أبو ستيت - نظريـة الالتـزام عـام ١٩٥٤☐ فقـرة ١٠٢ ومابعدها، دكتور/ أحمد سلامة - مصادر الالتزام ١٩٧٤☐ فقرة ٤٤، دكتور/ إسماعيل غـانم - النظرية العامة للالتزام جـ١ - ١٩٦٨☐ فقرة ٨١ وما بعدها، دكتور/ جمال مرسى بدر - النيابة فى التصرفات القانونية - طبيعتها وأحكامها - رسالة دكتوراه - جامعة الإسكندرية عـام ١٩٥٤م مطابع البصير بالإسكندرية صـ٢٤، دكتور/ جميل الشرقاوى - مصادر الالتزام ١٩٧٥☐ صـ٩٥ وما بعدها، دكتور/ حلمى بهجت بدوى - أصول الالتزامات - الكتاب الأول فى نظرية العقد القاهرة ١٩٤٣☐ فقرة ١٣ وما بعدها، دكتور/عبدالرزاق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المـدنى جـ١(*)☐ فقرة ٨٣ وما بعدها، دكتور/عبدالمنعم فرج الصدة - مصادر الالتـزام ١٩٥٨ فقـرة ٢١ وما بعدها☐، دكتور/محمود جمال الدين زكى - مصادر الالتزام علم ١٩٧٨ فقـرة ٥٧ ومـا بعدها☐، دكتور/ محمد لبيب شنب - مصادر الالتزام ١٩٧٦ صـ٢٠٥☐.

بمثابة أسلوب تقنى لتحقيق وإبرام تصرف قانونى بواسطة الغير، وهـذه الخاصـية البارزة لفكرة النيابة فى التعاقد لم يكن مسلماً بها فى القانون الرومـانى بـصورة مطلقة وذلك على اعتبار أنها تصطدم مع اعتبارات عملية قانونية وفلسفية وعلـى ذلك كان المبدأ فى القانون الرومانى هو انتفاء النيابة غير أن ضـرورات العمـل واعتبارات العدالة استلزمت صوراً شتى للتخفيف من هذا المبدأ ولذلك نجد نـشاطاً واسعاً من جانب البريتور لمحاولة تفادى نتائج انتفاء النيابة، كما نجد أيضاً بجانبـه نشاطاً فقهياً مكثفاً يواكب اصلاحات البريتور فى هذا الصدد وذلك بغرض التوصل إلى صيغة ملائمة يمكن معها الاستعانة بالغير فى إبرام التـصرف القـانونى مـع احترام التقاليد الخاصة بمبدأ عدم تقبل النيابة فى التعاقد، إن فكرة النيابة فى القانون الرومانى نجد لها تطبيقات فى نظام الوصاية حيث كان للصغير المميز فى ظل هذا النظام أن يتصرف فى ماله على أن يعتبر تصرفه موقوفاً على إجازة الوصى ومن الطبيعى أن تنشأ الحقوق والالتزامات فى هذه الصورة فى ذمة الصغير نفـسه لأن العقد قد صدر عنه واقتصر دور الوصى فيه على ما يسمى بالإجازة وبالطبع ليس فى هذا مجال لأعمال فكرة النيابة. كذلك نجدها فى الوكالة بالخـصومة حيـث إن الوكيل بالخصومة ينوب عن المدعى أو المدعى عليه الذى كان يعينه علـى ذلـك بعبارات شكلية مقررة ينطق بها أمام الخصم وعلى ذلك إذا أقام الوكيل بالخصومة أو الوكيل العام الدعوى على الخصم فإن الحكم يصدر باسم ومـصلحة الوكيـل لا الأصيل أو ضد الوكيل لا الأصيل. كما نجدها أيضاً فى قيـام الأرقـاء والأبنـاء الخاضعين لسلطان رب الأسرة بالتصرف نيابة عن رب الأسرة حيث كان يستطيع الأخير الاستعانة بارقائة وأبنائه عندما يريد التصرف بواسطة الغيـر وذلـك، لأن النيابة فى التقاضى لم تظهر على الوجه الذى ظهرت به فى الوكالـة بالخـصومة، لأن هؤلاء الأرقاء والأبناء كانوا محرومين تماماً من أهلية التقاضـى والواقـع أن الأشخاص الخاضعين لسلطان رب الأسرة كانوا فى هذا كله لا ينوبـون عـن رب الأسرة فى تصرفاتهم تلك بل كانوا يستعملون حقه فى التملك. إن فكرة النيابة كمـا نتصورها فى الوقت الحاضر لم تتحقق فى القانون الرومانى فى صورة الوصاية أو الوكالة بالخصومة أو فى صورة تصرف الإبن أو العبد نيابة عن رب الأسرة ففـى

هذه الصور الثلاث لم يحدث شيء يمكن أن يسمى بالنيابة وإن كانت الحلول العملية التى أمكن الوصول إليها قد تذكرنا بمعنى النيابة[١]، ومن الثابت والمحقق من خلال هذه الصور لم تحل إرادة محل إرادة فى التصرف القانونى الواحد بل إن إرادة الأصيل ظلت بمنأى عن التصرف القانونى وإن كل ما فى الأمر أن مجموعة من الأموال أو أن فرعاً من فروع النشاط قد اضطلع به شخص فقام بسلسلة من التصرفات التى يقتضيها ذلك النشاط أو تلك الأموال فاعتبر بالنسبة لها كما لو كان هو المالك الحقيقى وإن إرادة الأصيل تعتبر فقط شرطاً من شروط الرجوع عليه، وهى تعتبر مقطوعة الصلة بإرادة المتصرف، فهى عبارة عن أمر أو إذن أو عن تعيين أو اختيار أو عن تخصيص حوزة للابن أو العبد، وقد تكون مفترضة حتماً كما فى الوصى أو صريحة كما فى اختيار الوكيل بالخصومة، وعلى ذلك فإن عدم إعلان النائب عن صفته الحقيقية أثناء التعاقد يرتب آثاراً قانونية معينة من حيث المبدأ. ولا شك أن قواعد فكرة النيابة فى التعاقد، وعدم إعلان النائب عن صفته الحقيقية أثناء التعاقد تختلف عن أحكام الصورية النسبية بطريق التستر والاشتراط لمصلحة الغير والمتعهد عن الغير. فالتعاقد من خلال الأشتراط لمصلحة الغير يترتب عليه انصراف حقوق المشترط المالية، والناتجة عن العقد فى ذمة المستفيد مباشرة، حيث إنه تنشأ علاقة قانونية مباشرة بين هذا الأخير والمشترط[٢]، ويفهم من ذلك أن العقد يتم إبرامه بإرادة المشترط وأن الالتزامات الناتجة عنه تنصرف فى ذمته، وبالتالى فإن إعلانه عن صفته فى التعاقد على هذا النحو يعطى للغير فرصة لمعرفة الشخص الذى تنصرف فى ذمته الحقوق الناشئة عن العقد، وبناء على ذلك فإن عدم الإعلان عن الصفة فى التعاقد يرتب من حيث المبدأ آثاراً قانونية معينة، وخاصة إذا كان المشترط لا يريد قيام علاقة مباشرة مع الشخص الذى تم تحديده مستفيداً من هذا التعاقد، لاعتبارات معينة يغلب عليها الطابع الشخصى البحت[٣]. وعلى النقيض من ذلك بالنسبة للرابطة العقدية التى يتم إبرامها

---

١) دكتور/ شفيق شحاته – نظرية النيابة فى القانون الرومانى والشريعة الإسلامية – بحث منشور فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية عام ١٩٥٩ – صـ١٧ – العدد الأول.

٢) راجع نص المادة ١٥٤ فقرة ٢ من القانون المدنى المصرى.

٣) مثال ذلك وجود خلافات عائلية تحول دون التعامل بينهما.

من خلال نظام الصورية من خلال استعارة الاسم حيث نجد إن آثارهـــا - ســـواء الإيجابية أو السلبية - لا تتصرف فى واقع الأمر فى ذمة صاحب الاسم المستعار، فضلاً عن أن إرادة هذا الأخير لا تشارك فى إبرام الرابطة العقدية، وهذه الـصورة من التعاقد تقتضى وجود اتفاق بين طرفى العقد على أن يستعير أحدهما اسم شخص من الأغيار، بحيث يظهر الأخير أمام الناس على أنه الطرف الحقيقى فى التعاقد إلا أن حقيقة الأمر على خلاف ذلك، ومعنى ذلك أن الصورية التى ترد على الاسم لها مفهوم قانونى محدد نظراً لأنها ترد على الصفة العقدية فى حد ذاتها، وأنها تتطلب وجود اتفاقين مستقلين أحد هذين الاتفاقين يتم إبرامه بين صاحب الاسم المـستعار والشخص الذى يريد استعارة الاسم ومن الممكن أن يكون ذلك بمقابـل أو بـدون مقابل، وإن إرادة كل منهما يكون لها دور فعال وإيجابى فى عملية تكوين الرابطـة العقدية، وثانيهما بين مستعير الاسم وأحد الأغيار، وتظهر أهمية هذا الاتفاق إذا كان مستعير الاسم يريد شراء شيء معين بنظام التقسيط، فى هذه الحالة لا يمكن تكوين عقد البيع من خلال فكرة الصورية إلا إذا وافق البائع على ذلك، وفى هذه الحالـة يحصل الأخير على ورقة ضد تضمن له حقه فى الحصول علـى الأقـساط مـن المشترى الحقيقى عن طريق الرجوع عليه[١].

ولا شك أن صاحب الاسم المستعار لا يكون له دور فى إبرام عقد البيع ذلك لأن إرادته وإن كانت تبدو من حيث الظاهر، أنها تساهم فى إبرام العقـد غيـر أن الحقيقة على خلاف ذلك، لأن الواقع أن إرادة المستعير للاسم هى التى تشارك فـى إبرام العقد، ومن ثم فإن هذه الإرادة وحدها هى التى تكون موضع اعتبـار فيمـا يتعلق بعيوب الإرادة وأثر العلم أو الجهل ببعض الظـروف الخاصـة، وإذا كـان صاحب الاسم المستعار يقوم بالتوقيع على العقد المبرم باسمه الشخصى، بـل وقـد يساهم - فى بعض الأحيان - فى نقل التعبير عن الإرادة من المستعير للاسم إلـى الغير الذى يشارك معه فى تكوين العقد، وبالرغم من ذلك فإنه يعد فى هذه الحالـة رسولاً أو ناقلاً للتعبير، وبالتالى لا يكتسب فى الواقـع صـفة الطـرف بـالمفهوم

١) راجع فى ذلك بالتفصيل: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد - أثر عدم إعـلان النائـب عـن صـفته الحقيقية فى التعاقد صـ٢٤٩ وما بعدها. (سابق الإشارة إليه).

الشكلى، لأن هذا المفهوم لا يكتسب من واقعة التوقيع على العقد، والتى لا تخرج عن كونها عملاً مادياً بحتاً بل إنه يرتبط بعملية المشاركة الفعلية فى إبرامه، بمعنى أنه يتطلب أن يوجد دور للقصد وذلك من خلال التعبير عن الإرادة فى عملية إبرام العقد[1]، وهذا يحول دون اعتبار التعاقد بطريق التسخير أحد تطبيقات الصورية النسبية التى ترد على الاسم، لأن الوكيل المسخر يشارك بإرادته فى إبرام العقد مع الغير، وعلى ذلك إجماع الفقه[2] فى حين أن صاحب الاسم المستعار لا يشارك بإرادته فى إبرام العقد من الناحية الواقعية، لأنه قد يبدو ظاهرياً أن صاحب الاسم المستعار هو الذى ساهم فى إبرام العقد، إلا أن الذى ساهم فى ذلك من الناحية الفعلية هو المستعير للاسم، وكما سبق القول إن صاحب الاسم المستعار يعد رسولاً أو ناقلاً للتعبير ومن ثم يجب الفصل بين إرادة التعبير وإرادة التصرف فالأولى تكون للرسول والثانية تكون للنائب[3]، وبناء عليه فإنه يجب أن يكون الغير الذى يبغى الشخص التعاقد معه على علم بواقعة التستر، والتعاقد وفقاً لفكرة التعهد عن الغير ينصب على أن يتعهد أحد الطرفين فى مواجهة الطرف الآخر بأن يجعل أحد الأغيار يلتزم نحوه بأمر معين، ومعنى ذلك أن إرادة المتعهد هى التى تساهم فى إبرام العقد ولكن آثار هذا العقد تختلف[4] بطبيعة الحال عن آثار الرابطة العقدية التى يتم تكوينها وفقاً للأنظمة السابقة، وعلى ذلك فالآثار القانونية الناتجة عن الإفصاح عن الصفة الحقيقية فى التعامل، أو العلم بها بمعزل عن ذلك تختلف

---

١) راجع فى ذلك بالتفصيل: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق – صـ٢٤٩ وما بعدها.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل – نظرية الإلتزام جـ١ المصادر الإرادية للالتزام – العقد والإرادة المنفردة – مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٥م، دكتور/ حمدى عبد الرحمن – مصادر الإلتزام – نظرية العقد عام ١٩٩٤م□، دكتور/ عبد الحى حجازى – النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتى «دراسة مقارنة» جـ١ – المصادر الإرادية – العقد والإرادة المنفردة – المجلد الثانى ١٩٨٢م مطبوعات جامعة الكويت، دكتور/ محمد شكرى سرور – موجز الأحكام العامة للالتزام – الطبعة الأولى ١٩٨٥م – دار الفكر العربى، دكتور/ مصطفى محمد الجمال – شرح أحكام القانون المدنى – مصادر الإلتزام – منشأة دار المعارف بالإسكندرية ١٩٩٠م.

٣) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – أثر عدم إعلان النائب عن صفته الحقيقية فى التعاقد وفقاً للقانونين الكويتى والمصرى عام ٢٠٠١ – الرسالة الدولية للطباعة – صـ٢٤٩ ومابعدها.

٤) راجع نص المادة ١/١٥٣ من القانون المدنى المصرى.

بحسب النظام القانونى الذى يتم تكوين العقد من خلاله على النحو المتقـدم ذكـره. وإذا كانت الأنظمة المتقدم ذكرها قدمت مزايا عديدة ومتنوعة بشأن التعامـل بـين الأشخاص على الصعيد الدولي والداخلى على حد سواء، فإنها جلبت كثيـراً مـن المشاكل القانونية خاصة فيما يتعلق بأثر اختلاف التعبير مع محتوى القصد بـشأن الصفة فى التعاقد، فالمفترض الطبيعى أن يتضمن التعبير معطيات توضح النظـام القانونى الذى يبغى صاحبة التعاقد طبقاً لأحكامه من أجل إتاحة الفرصة لمن وجـه إليه التعبير للعلم بالشخص الذى تتأثر ذمته المالية بآثار العقد المراد إبرامة، ومـن خلال ذلك يمكنه الوقوف على الاعتبارات التى يتم التعويل عليها فـى التعاقـد[١]، وعلى سبيل المثال قد يقبل الشخص الذى وجه إليه التعبير التعاقد مع صاحبه بصفته الشخصية، ويرفض الاشتراك معه فى تكوين العقد بصفته نائباً عن شخص بعينـة، لأنه لا يرغب ابتداء فى تكوين علاقة مباشرة مع الأصيل لاعتبارات معينة، فالصفة فى التعامل على هذا النحو تعد أحد العناصر الجوهرية[٢]، التى يتم من خلالها تشييد التصميم والعزم على المساهمة فى تكوين العقد، وخاصة إذا كانت عمليـة تنفيـذه تستغرق فترة معينة من الزمن انطلاقاً من مبدأ حرية التعاقد، والمغزى يجد أساسه فى القانون الرومانى، فالتعاقد من خلال هذه الأنظمة يلقى من حيث المبدأ التزامـاً على الشخص بالإفصاح عن صفته الحقيقية فى التعاقد الأمر الذى يقتـضى معـه صدور تعبيره مطابقاً لمحتويات قصده بشأن تلك الصفة، ويجب على الشخص الذى يرمى إلى إنشاء رابطة عقدية مع أحد الأغيار الإفصاح عن صفته الحقيقيـة أثنـاء التعاقد، وعما إذا كان يتعاقد بصفة نائباً عن الغير أو يتعاقد بصفته أصيلاً عن نفسه فضلاً عن ضرورة أن تطابق معطيات التعبير عن الإرادة مع حقيقة قصده، حتـى يكون الطرف الآخر على بينه من الأمر ويستطيع من خلال ذلك أن يتدبر الأمر فى إطار مصلحته الشخصية، فإما أن يتعاقد مع النائب بصفته نائباً عن الغير أو يتعاقد معه بصفته الشخصية أو يحجم عن الإقدام على التعاقد دون هذا أو ذاك، كل ذلـك فى إطار الرؤية الموضوعية التى يستخلصها من الواقع المعروض أمامـه والتـى

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد - المرجع السابق - صـ١٤٨.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ سمير إسماعيل - الرسالة السابقة - صـ١٣ وما بعدها.

يجب على الغير أن يستقصى الحقيقة الكاملة عن صفة الشخص الذى صدر عنه الإيجاب والذى يرغب فى تشييد الرابطة العقدية معه، لأنه سوف يكون طرفاً فى هذه الرابطة فيما لو وافق على ذلك، وبالتالى سوف تتأثر ذمته المالية إيجاباً أو سلباً بهذه الرابطة التعاقدية، وهناك من الأنظمة القانونية التى يتم تكوين العقد من خلالها تتشابه مع بعضها من ناحية الأثر الاقتصادى، غير أنها تختلف من حيث الأثر القانونى، فنجد أن الوكالة بالعمولة والوكالة العادية، تنتجان أثراً اقتصادياً واحداً والذى يتمثل فى انصراف آثار العقد الذى يبرمه الوكيل والذى يساهم بإرادته فى إبرامه مع أحد الأغيار، فى ذمه الموكل[١] ولكنهما يختلفان من حيث الأثر القانونى، فالنظام القانونى للوكالة العادية سواء أكانت مدنية أو تجارية يقوم على أساس انصراف آثار العقد الذى يساهم الوكيل فى إبرامه مع أحد الأغيار فى ذمة الموكل مباشرة، ومعنى ذلك أن دور الوكيل ينتهى بمجرد إبرام العقد ويختفى تماماً من مسرح التعاقد حيث إنه يصبح أجنبياً عن ثمار هذا العقد، وتنشأ الرابطة العقدية بين الموكل والمتعاقد مع الوكيل ويصبح كل منهما الدائن والمدين فى مواجهة الآخر، وقد أجمع الفقه والقضاء على ذلك[٢]، وبصفة خاصة فيما يتعلق بالوكالة العادية

---

١) دكتور/ عبد الحى حجازى - المرجع السابق - صـ٧٦٧، دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد - المرجع السابق (أثر عدم إعلان النائب عن صفته) صـ١٦٩.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ جمال مرسى بدر- الرسالة السابقة صـ١٥٤ ومابعدها، دكتور/ حامد زكى - دروس فى الالتزامات - الطبعة الأولى ١٩٤٧□ صـ٨٠، دكتور/ حسنى المصرى - القانون التجارى - العقود التجارية - الطبعة الأولى ١٩٨٨□ صـ١٦٥، ١٦٦، دكتور/سليمان مرقص - الوافى فى شرح القانون المدنى جـ١ فى الالتزامات المجلد الأول - نظرية العقد الطبعة الرابعة ١٩٨٧□ صـ١٤٣ وما بعدها، دكتور/ عبد الحميد محمود البعلى - ضوابط العقود دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى وموازنة بالقانون الوضعى وفقهه صـ٢٠٣، ٢٠٤ - مكتبة وهبه(*)، دكتور/ عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق - صـ٣٣٧، دكتور/ محمد حمدى مكى - النيابة فى التصرفات القانونية فى الفقه المقارن - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة ١٩٨٦ - صـ١٩٣وما بعدها، دكتور/مصطفى الزرقا - محاضرات في القانون المدنى السورى ١٩٥٤□ صـ٧٠، نقض مدنى ١٩٨٩/٥/٣١م - طعن رقم ١١٥٥ لسنة ٥٤ق- م.ن.م.س ٤٠ - جـ٢ - سنة ١٩٨٩- صـ٥٠٨، ١٩٧٠/٥/٢٨ - طعن رقم ٥٨١ لسنة ٣٥ق. م.ن.م.س٣١ سنة ١٩٧٠ - صـ٩٣٣، ١٩٦٤/١١/٢٦ - طعن رقم ١٧ لسنة ٣٠ق م.ن.م.س ١٥ جـ٢ سنة ١٩٦٤ صـ١٠٧٣، ١٩٨٥/١/١٦ - طعن رقم ٧٣٢ لسنة ٥٤ق.م.ن.م. س٣٦ جـ٢ سنة ١٩٨٥ صـ١٢٩.

سواء أكانت مدنية أو تجارية - المكشوفة، ولا يحول دون ذلك كون الوكالة شاملة لمرحلة التنفيذ كما هو الحال بالنسبة للولى أو الوصى، حيث إن نيابة كل منهما تكون شاملة لمرحلة تنفيذ العقد مع أحد الأغيار لمصلحة الخاضع للولاية أو الوصاية، لأن الوكيل إذا كانت له فى هذه الحالة سلطة استيفاء الحقوق من المتعاقد معه غير أنه يعتبر أميناً عليها فإذا تصرف فيها فإنه يعتبر مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة فضلاً عن أن تصرفه هذا يخضع لأحكام التصرف فى ملك الغير، وإذا بددها فإنه يعتبر مرتكباً لجريمة التبديد كما أنه لا يلتزم بالوفاء بحقوق المتعاقد معه من ذمته المالية، ومن ثم فإنه يقع عليه التزام أن يفصح عن صفته الحقيقية فى التعامل وكونه يتعاقد نيابة عن شخص محدد أو يتعاقد بصفته أصيلاً عن نفسه، وذلك من أجل إتاحة الفرصة للغير الذى يبغى المساهمة معه فى إنشاء الرابطة العقدية التعرف على الشخص الذى سيكون طرفاً معه فى هذا العقد أثناء طرحة لثماره، وفى ضوء ذلك يكون له مطلق الحرية فى قبول أو رفض التعاقد إعمالاً لرخصة القبول أو الرفض التى تستند إلى مبدأ حرية التعاقد، فإذا لم يفصح الوكيل عن صفته الحقيقية صراحة أو ضمنياً فإنه يفترض أنه متعاقداً فى هذه الحالة لمصلحته الشخصية تمشياً مع الوضع الغالب، والأصل العام الذى يقضى بأن ثمار العقد تنصرف فى ذمه من يساهم فى تكوينة. وفى هذه الحالة نواجة مشكلة اختلاف معطيات التعبير مع حقيقة القصد من ناحية الأثر القانونى والاقتصادى فى ذات الوقت، لأن قصد الوكيل قد انصرف إلى التعامل مع الأغيار، دون تأثر ذمته المالية بثمار العقد، وفى نفس الوقت فإن آثار العقد تستقر فى ذمة الأصيل[١].

وعلى النقيض من ذلك فإن النظام القانونى الخاص بالوكالة بالعمولة يقتضى انصراف آثار العقد فى ذمة الوكيل، والذى يلتزم بعد ذلك بنقل هذه الآثار إلى ذمة الموكل تنفيذاً للرابطة العقدية الموجودة بينهما، ومعنى ذلك أن ثمار العقد الذى يساهم الوكيل بالعمولة فى إبرامه مع أحد الأغيار لا تنصرف فى ذمة الموكل مباشرة، كما هو الحال بالنسبة للوكالة العادية ولكن يجب أن تمر أولاً بذمة الوكيل ومن ثم فإن هذا الأخير يعتبر فى حكم المتعاقد لمصلحته الشخصية، وبالتالى فإنه لا

١) راجع فى توضيح ذلك بالتفصيل: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد-المرجع السابق صـ١٦٥، ١٦٦.

يلتزم من حيث المبدأ بالإفصاح عن صفته فى التعاقد وكونه يتعاقد لمصلحة الموكل لانتفاء العلة من ذلك لأنه كما سبق القول بأن الهدف من الإفصاح عن الصفة فى التعاقد ينحصر فى اتاحة الفرصة للغير للتعرف على الشخص الذى تتأثر ذمته المالية بآثار العقد المزمع إبرامه حتى يتسنى له ممارسة رخصة القبول أو الرفض فى ضوء العوامل التى يعول عليها فى التعاقد[1]. وقد يضطر الشخص إلى إخفاء اسمه الحقيقى عندما يقدم على إبرام عقد مع أحد الأغيار، ويقوم بتوسيط غيره فى التعاقد بدلاً منه على أن يتم التعاقد باسم الوسيط الشخصى لا بإسم من وسطه وذلك لوجود مانع قانونى أو ظروف عملية تحول دون قيامه بالتعاقد باسمه الشخصى. ومعنى ذلك أن الشخص يسخر غيره أو يستعير إسمه فى التعاقد، بحيث يظهر المسخر وكأنه الطرف الحقيقى فى التعاقد ولذلك يسمى هذا الوسيط بالشخصية المستعارة أو الاسم المستعار أو الوكيل المسخر، وتسمى العلاقة التى تربط بين المستعير للاسم والاسم المستعار بعقد التسخير، والوكالة بالتسخير هى أن يتعاقد الوكيل المسخر باسمه على أن تنصرف آثار العقد إلى ذمة الأصيل، ومعنى هذا أن الوكيل المسخر هو الذى يساهم بإرادته فى إبرام العقد مع أحد الأغيار، ولا يفصح عن صفته الحقيقية فى التعاقد للمتعاقد معه بإنه يتعاقد لمصلحة الأصيل، سواء أكان ذلك عن عمد لاعتبارات مالية كما لو كان الأصيل لا يحرص على الوفاء بالتزاماته المالية فى المواعيد المحددة أو يقوم بها ولكن على نحو معيب رغم أن المركز المالى للأصيل يسمح له بالوفاء بالتزاماته المالية كاملة[2] أو اعتبارات دينية رغم أن حرية العقيدة مكفولة للجميع، ولا ينبغى أن يكون للدين أثر على علاقات الأفراد المالية، ومع ذلك قد يكون له أثر بالغ فى رفض التعامل مع شخص معين، ومن أمثلة ذلك الخادم فى مسجد أو مستخدم فى جمعية دينية أو مدرس يتعاقد مع دار للتربية ذات صبغة دينية معينة، أو مقاول مكلف ببناء مسجد[3] أو اعتبارات عائلية لأن الخلافات العائلية قد تحول دون قيام الروابط العقدية بين أفرادها، أو العوامل المستمدة من فكرة الجنسية كما هو الشأن بالنسبة للشركات التى تتعامل مع الجمهور

---

١) راجع فى توضيح ذلك بالتفصيل: دكتور/فيصل ذكى عبد الواحد–المرجع السابق صـ١٦٥ ومابعدها
٢) دكتور/ جمال مرسى بدر – الرسالة السابقة – صـ١٥٧.
٣) دكتور/ سمير إسماعيل – الرسالة السابقة – صـ٣٤ – فقرة ٤٢.

بنظام التقسيط حيث إن غالبيتها ترفض التعاقد مع الأجانب، خشية المعاناة في الحصول على حقوقها المالية وإن كان هذا الاعتبار يخضع لظروف العرض والطلب، أو اعتبارات تتعلق بآثار العمليات الحربية حيث نجد أن الشركات التابعة لإحدى الدول المتحاربة ترفض التعامل مع الشركات التابعة للدولة الأخرى أو الدول المتحالفة معها[١]، أو كان يرجع عدم إفصاح الوكيل المسخر عن شخصية الأصيل الذى يتعاقد لحسابه إلى إهمالة فى ذلك بأن يكون الوكيل المسخر شخصاً بطبيعته لا يكترث ولا يهتم بدقائق وتفاصيل تعاملاته الحياتية مع الغير، ومنها الروابط العقدية التى يبغى تشييدها. وعلى ذلك فكل من يبغى أن يشارك فى بناء رابطة عقدية يهمة بالدرجة الأولى العلم بالشخص الذى تتصرف فى ذمته آثار تلك الرابطة، وفى ضوء ذلك قد يقبل أو يرفض التعامل خاصة إذا كان العقد من العقود الزمنية[٢]، أو الفورية التى يتراخى تنفيذها إلى فترة معينة من الزمن[٣]، وعلى ذلك فقد يقبل الغير التعامل مع النائب بشخصة، ويرفض التعاقد معه باعتباره نائباً عن شخص محدد أو يقبل التعامل مع الأصيل الذى علم به من خلال معطيات التعبير الصريح أو الضمنى الصادرة من النائب أو من ظروف وملابسات التعاقد، ولكنه يرفض التعاقد مع الأخير الذى انصرف قصد النائب إلى التعامل لمصلحته - وقد يرجع عدم إعلان الوكيل المسخر عن صفته الحقيقية فى التعاقد وأنه يتعاقد لمصلحة الأصيل، إلى الظروف العملية التى تضطر الأصيل إلى إخفاء اسمه الحقيقى والاستعانة بالشخص الذى يعير إليه اسمه وهو الوكيل المسخر، ومثال ذلك قد يرغب أحد الأشخاص فى شراء قطعة أرض هو فى أشد الحاجة إليها ولكنه يدرك أن البائع سيطلب منه ثمناً أعلى طمعاً فيه أو يمتنع عن البيع له بالمرة نكاية فيه، فيما لو علم بشخصيته فيقوم هذا الأخير بالاتفاق مع شخص من الغير على إتمام

---

١) راجع فى توضيح ذلك بالتفصيل: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد-المرجع السابق صـ٢٨ ومابعدها.

٢) عقد المقاولة والإيجار والعمل.

٣) عقد البيع متراخى التنفيذ، فمثلاً قد يشترى الأب شيئاً نيابة عن الابن القاصر دون أن يعلن البائع عن صفته وفى هذه الحالة إذا كان الثمن مؤجلاً أو على أقساط فالبائع يهمه التعرف على الشخص الملتزم بدفعه من أجل الموازنة وتحديد مدى إمكانية حصوله على حقه من عدمه وفى ضوء ذلك يمارس رخصة قبول أو رفض التعامل إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد.

الشراء ولكن باسم هذا الغير. ومثال ذلك أيضاً أن يبغى شخص الدخول فى جلسة مزاد علنى ولكنه يريد إخفاء الصفقة عن الجمهور، أو يخشى لو ظهر إسمه فى جلسه المزاد لتقدم مزايدون يزايدون عليه لعلمهم بحاجته إلى الصفقة، مما يضطره إلى تقديم عطاء أعلى فيقوم فى هاتين الحالتين بالاتفاق مع شخص من الغير على أن يتقدم هذا الأخير فى جلسة المزاد باسمه الشخصى[1]، وقد يوجد مانع قانونى يحول دون أن يتعاقد الشخص بنفسه فيلجأ إلى الغير ويستعير اسمه لإبرام العقد بدلا منه، ويحدث ذلك عادة إذا كان هناك حظر على الشخص مباشرة بعض العقود أو التصرف فى بعض الحقوق، ومثال ذلك أن يهب شخص لآخر مالاً ويكون الموهوب له المذكور فى العقد ليس هو المقصود بالهبة بل المقصود شخص آخر يغلب أن تكون الهبة غير جائزة له، فيوسط الواهب بينه وبين الموهوب له الحقيقى شخصاً مسخراً تكون مهمته أن يتلقى الهبة من الواهب ثم ينقلها بعد ذلك إلى الموهوب له، ومثال ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٤٧١ مدنى من منع عمال القضاء والمحامين من شراء الحقوق المتنازع عليها سواء بأسمائهم أو بأسماء مستعارة والتى يكون نظرها من اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها، وما نصت عليه المادة ٤٧٢ مدنى من منع المحامين من التعامل مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار، وما نصت عليه المادة ٤٧٩ مدنى من منع من ينوب عن الغير بموجب اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشترى، بنفسه أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلنى ما كلف ببيعه بموجب هذه النيابة، وما نصت عليه المادة ٤٨٠ مدنى من منع السماسرة والخبراء من شراء الأموال الذى عهد إليهم ببيعها أو تقدير قيمتها سواء كان الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار، فالتحايل على الحظر بالشراء – الذى أراد به المشرع القضاء على حظر استغلال النفوذ– يلجأ الشخص الممنوع من التصرف إلى استعمال اسم مستعار يتعاقد باسمه الشخصى ولكن لحساب المستعير للاسم – ويعتبر اتفاق التسخير عقد وكالة نيابية

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهورى – الوسيط فى شرح القانون المدنى – جـ٧ المجلد الأول* □ صـ٨٠٥ هامش١.

غير أنها وكالة مستترة، فهى وكالة لأن الوكيل المسخر قد تلقى وكالته قبل القيام بالتصرف مع الغير وهى نيابية لأن النيابة الاتفاقية مصدراً للوكالة كما أن الوكيل يتعامل مع الغير بصفته نائباً عن الموكل، وهى مستترة نظراً لأن الوكيل المسخر يتصرف فى علاقته مع الغير دون أن يكشف العلاقة بينه وبين من سخره وبناء عليه فإن الوكيل المسخر يبرم تصرفات ثلاثة:

الأول: عقد الوكالة، يكون الوكيل المسخر فيه وكيلاً مستتراً عمن سخره فى تصرف يعينانه فى عقد الوكالة.

الثانى: عقد يبرمه الوكيل المسخر مع الغير – الذى يغلب ألا يكون عالماً باتفاق التسخير– يبرم فيه هذا التصرف المعين باسمه الشخصى ولكن لحساب الأصيل.

الثالث: عقد يبرمه الوكيل المسخر مع الأصيل مرة أخرى، ينقل بموجبة أثر هذا التصرف الذى سبق أن عقده لحسابه مع الغير وذلك تنفيذاً لعقد الوكالة.

والتعاقد بطريق التسخير يكون صحيحاً طالما كان الغرض منه مشروعاً وسليماً لأنه من المقرر قانوناً أن كل تصرف قانونى يجوز للشخص أن يبرمه بنفسه يجوز له أن يبرمه بواسطة نائب(١)، وما التعاقد بطريق التسخير إلا أحد هذه الطرق غير المباشرة ولقد اعترف المشرع المصرى صراحة بشرعية التسخير فى أكثر من موضع. فقد أباح المشرع فى المادة ٤٤٤ من قانون المرافعات أن يستعير الأشخاص أسماء غيرهم فى الدخول فى مزايدات البيوع القضائية على أن يعلم الاسم المستعار عن ذلك خلال ثلاثة أيام من تاريخ المزايدة، كما يفترض المشرع فى الفقرة الرابعة من المادة الرابعة (المعدلة) من القانون ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ الخاص بفرض رسوم الأيلولة على التركات (المعدلة بالقانون ٢٢٧ لسنة ١٩٩٦)، أن المورث يستعير فى التصرفات أسماء فروعة وزوجه وأزواج فروعة واعتبر هؤلاء أسماء مستعارة، كما يبيح المشرع بالمادة ٢٨ من القانون ٣٥٤ لسنة ١٩٧٤،

١) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الودود يحيى - الموجز فى النظرية العامة للالتزامات - القسم الأول - مصادر الالتزام ١٩٩٠ - صـ٥٦ وما بعدها، نقض مدنى - الطعن رقم ٨٧٨ لسنة ٤٦ق - جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٩.

الخاص بحماية حق المؤلف (المعدل بالقانون ٣٨ لسنة ١٩٩٢)، أن يستعين المؤلف باسم مستعار يضعه على مؤلفة بحيث يظهر باعتباره المالك الظاهر للمصنف. أما إذا كان الغرض من التسخير غير مشروع- بأن كان الغرض هو الغش والتحايل على أحكام القانون الآمرة المتعلقة بالنظام العام أو الغش والتحايل على حقوق الغير- كان اتفاق التسخير باطلاً أو قابلاً للإبطال على حسب الأحوال، لأن ما لا يستطيع الشخص مباشرته بنفسه لا يستطيع أن يباشرة بمُسخر، ويشمل البطلان حينئذ عقد التسخير ذاته والتصرف الذى باشرة المسخر أو الاسم المستعار باسمه الشخصى مع الغير والتصرف الذى نقل به الوكيل المسخر الحق إلى الأصيل أو المستعير للاسم، وأيًا كان الغرض من التسخير فإن التسخير يتخذ الصورة التى تلائمه، فمن يسخر فى شراء منزل يوكل المسخر فى شراء هذا المنزل على أن يكون الشراء باسم المُسخر الشخصى، ومن يسخر فى بيع منزل يبيع أولاً هذا المنزل إلى المُسخر ويوكله فى بيعهِ إلى الغير، على أن يكون البيع باسم المُسخر الشخصى، ومن يسخر فى قبض دين له فى ذمة الغير، يحول هذا الحق إلى المُسخر فيقبضه هذا باسمه الشخصى وهكذا[١].

ولقد عنى المشرع المصرى بتنظيم النيابة فى التعاقد، فخصص لها المواد من ١٠٤ إلى ١٠٨ من التقنين المدنى وذلك لما لها من أهمية بالغة للأشخاص فى إبرام التصرفات القانونية والتى قد تحول ظروفهم من إبرام هذه التصرفات بأنفسهم، وحلول إرادة شخص محل إرادة شخص آخر فى إبرام التصرف القانونى يبدو أمراً ضرورياً بالنسبة للأشخاص الذين لا تتوافر لهم أهلية الأداء، إذ يلزم أن يقوم غيرهم عنهم فى كل ما يلزم لإدارة أموالهم وحفظها وتنميتها، ولذا باتت النيابة ضرورية للقصر والمحجور عليهم، لتيسير قيام الأولياء والأوصياء والقامة عليهم، بالتصرفات القانونية اللازمة لرعاية مصالحهم، ومن ناحية أخرى فإن النيابة تفيد غير فاقدى الأهلية، ممن يحول بينهم وبين إدارة أعمالهم بُعد المكان أو كثرة الأعمال أو المرض أو عدم الخبرة أو أى عائق آخر، والأصل أن النيابة تجوز فى كل التصرفات القانونية، بيد أنها لا تتصور إذا كانت طبيعة التصرف القانونى

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد العزيز المرسى حمودة - التعاقد باسم مستعار -١٩٩٨□ صـ٥.

تقتضى أن يقوم به الشخص بنفسه، فلا يكون له عندئذ أن ينيب عنه آخر فى القيام به، كحلف اليمين أو التوقيع أو الوفاء بالتزام يقتضى التدخل الشخصى للملتزم، ونيابة شخص عن آخر تتحقق إما نتيجة لاتفاق بينهما على أن يكون لاحدهما تمثيل للآخر فى تصرف من التصرفات، أى عن طريق توكيل شخص لآخر بمقتضى عقد الوكالة وتسمى النيابة عندئذ بالنيابة الاتفاقية وهذه النيابة التى تنشأ بالاتفاق قد تكون متضمنة فى عقد آخر لا تقتصر على مجرد تفويض شخص فى تمثيل آخر، أى فى عقد آخر غير الوكالة كعقد العمل الذى يستخدم به تاجر عاملاً للبيع فى متجره، فالنيابة إذاً تنشأ لعامل البيع بمقتضى عقد العمل، وقد تنشأ النيابة نتيجة لحكم قضائى بتعيين شخصاً نائباً عن آخر، كالحكم بتعيين وصى أو قيم للقاصر أو المحجور عليه أو بتعيين حارس قضائى والتى توصف بأنها نيابة قضائية، كما تنشأ النيابة بحكم القانون[1] كما فى حالة نيابة الأب أو الجد عن ابنه القاصر باعتباره ولياً شرعياً عليه، أو نيابة الدائن عن مدينة فى المطالبة بحقوقه أو نيابة الفضولى عن رب العمل.

وهكذا فإن النائب إذ يعبر عن إرادته باسم ولحساب غيره يريد أن يخبر من يتعاقد معه أن شخصاً آخر غيره وهو الأصيل هو الذى سيكتسب الحقوق ويتحمل بالإلتزامات الناشئة عن التصرف الذى أبرمه، وبذلك يكون النائب طرفاً فى التصرف ولكن لا يكون طرفاً فى الآثار الناشئة عن هذا التصرف وإنما الذى يكون طرفاً فى هذه الآثار هو الأصيل، أى أن النائب بمجرد أن يبرم التصرف يصبح بعد ذلك أجنبياً عن الآثار المترتبة عليه ويختفى تماماً عن مسرح التعاقد ما لم تكن نيابته شاملة لمرحلة التنفيذ، ومن ثم يترتب على النيابة انفصال الآثار عن سببها فالمراد بالسبب هنا التعبير عن الإرادة فهذا يصدر من النائب، أما الآثار وهى الحقوق والالتزامات التى تنشأ عن هذا التصرف فتستقر فى ذمة الأصيل وحده دون النائب كما لو كان هو الذى أبرم التصرف القانونى بشخصه وهذه الآثار مسلمة فى كل القوانين الحديثة.

---

١) بناء على واقعة طبيعية هى القرابة، ويلاحظ أنه من حيث تعيين حدود سلطة النائب عن الأصيل تكون للنيابة صورتان فقط، نيابة اتفاقية أو إرادية تتحدد فيها سلطة النائب بالاتفاق أو بالإرادة، ونيابة غير إرادية (قضائية أو قانونية) يتولى القانون فيها تحديد سلطة النائب فى تمثيل الأصيل.

وإذا كانت النيابة تشترط من أجل تكوين العقد وفقاً لنظامهـا القـانونى أن يتعاقد النائب مع أحد الأغيار باسم الأصيل، بيد أن ضرورات الحياة العمليـة قـد دفعت بالمشرع إلى التخلى عن هذا الشرط ولكن فى حدود معينـة، حيـث قـرر المشرع بموجب نص المادة ١٠٦ مدنى انصراف آثار العقد فـى ذمـة الأصـيل مباشرة، بالرغم من أن النائب قد تعاقد باسمه الشخصى ولم يتعاقد باسـم الأصـيل متى كان يعلم بمعزل عن معطيات التعبير الصريح أو الـضمنى بـصفة النائـب الحقيقية فى التعاقد، أو انتفت مصلحة الغير فى تحديد الشخص الذى تتـأثر ذمتـه المالية بآثار الرابطة العقدية، وبذلك يكون المشرع قد ألقى على عاتق الغير المتعاقد مع الوكيل المسخر التزاماً مفاده الكشف عن حقيقة صفة هذا الأخير فـى التعاقـد بمعزل عن التعبير الصادر منه إذا ثبت أن هذه الصفة كانت محل اعتبار من جانبه ورتب على الاخلال به آثاراً قانونية[١]. ونظراً لاختلاف الفقه والقضاء حول الآثار المترتبة على تصرفات الوكيل المسخر وخاصة إذا كان المتعاقد معـه قـد أظهـر رغبته فى التعاقد معه بصفته الشخصية وذلك طبقاً للمعنى المستفاد مـن معطيـات التعبير الصادرة عنه، وأنه لو كان يعلم منذ بداية التعاقد بأن قصده قد انصرف إلى التعاقد نيابة عن شخص محدد لما أقدم على إبرام العقد معه طالمـا علـم بـصفته الحقيقية فى التعاقد، ويرجع هذا الاختلاف والتباين فى مواقف الفقه والقضاء إلـى إنكار جانب منهم مبدأ استقلال النظام القانونى المـصرى عـن النظـام القـانونى الجرمانى نظراً لتأثر بعضهم[٢] بقواعد وأحكام النظام الأخير، وبصفة خاصة فـى الحكم الواجب تطبيقه على العقد الذى يتم إبرامه من خلال نظام الوكالة بالتـسخير ويرجع هذا الخلاف أيضاً إلى عدم التدقيق فى جوهر النيابة فـى التعاقـد والـذى

---

١) راجع فى توضيح ذلك بالتفصيل: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد - المرجع الـسابق - صـ٢١٧ ومابعدها.

٢) راجع فى ذلك:/ دكتور/ جمال مرسى بدر - الرسالة السابقة - صـ٢٥٥، ٢٥٦، دكتور/ حمـدى عبد الرحمن - نظرية العقد ١٩٩٤☐ صـ١٧٠، ١٧١، دكتور/ عبد المنعم فرج الصدة - نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقـانون الوضـعى جـ١ دار النهـضة العربيـة صـ٣٣٧، ٣٣٨، دكتور/محسن عبد الحميد إبراهيم البيه - النظرية العامة للالتزامات - مصادر الإلتزام جـ١ المصادر الإرادية صـ١٨٩، ١٩٠ مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة(*)، ومن أحكم النقض: نقض مـدنى فى ١٩٨٩/٥/٣١ الطعن رقم ١١١٥ لسنة ٥٤ق م.ن.م. سـنة ٤٥ق جـ٢ صـ٥٠١، بتـاريخ ١٩٩١/٥/٢٢م الطعن رقم ٢١٥٠ لسنة ٥١ق م.ن.م. سنة ٤٢ق جـ١ صـ٢١٧١.

ينحصر في انصراف قصد النائب على إبرام العقد المطلوب إبرامه مع الغير وانحسار دوره في تحقيق هذا الغرض، بحيث يختفي بعد ذلك من مسرح التعاقد دون أن تتأثر ذمته المالية بالآثار المترتبة عليه سواء بالإيجاب أو السلب وبغض النظر عما إذا كان الغير يعلم حقيقة أو حكماً بصفته الحقيقية في التعاقد من عدمه، وبناء على عدم الوقوف على جوهر النيابة في التعاقد فقد ظهر الخلط بين الوكالة بالعمولة والوكالة بالتسخير والصورية من خلال استعارة الاسم بالرغم من أن كل نظام له فلسفته الخاصة به، وله نظامه القانوني الخاص به الذي يحقق حماية أطراف العقد والأغيار في ذات الوقت، كما يعود هذا الخلاف إلى تأثر الفقه والقضاء عند تفسيرهم للنصوص القانونية التي وردت في التقنين المدني المصري وخاصة النصوص التي تنظم الآثار المترتبة على تكوين العقد من خلال نظام الوكالة بالتسخير بآراء الفقه والقضاء المقارن وخاصة في كل من فرنسا وإيطاليا وبصرف النظر عن مسألة استقلال التشريعات، وبناء عليه تباينت واختلفت وجهات النظر بالرغم من أن قواعد التفسير تقوم على استخلاص الحكم وتحديد ضوابط تطبيقه من النص التشريعي في ظل البيئة القانونية التي نشأ فيها وذلك احتراماً للفلسفة الخاصة التي تحكم كل تشريع، ومبعث هذا الخلاف أيضاً هو اختلاف الفقه والقضاء بشأن نطاق تطبيق حكم نص المادة ١٠٦ من القانون المدني حيث نجد أن الآراء تباينت وتضاربت فيما يتعلق بمدى خضوع تصرفات الوكيل المسخر للحكم الوارد بالمادة ١٠٦ مدني، والسبب وراء ذلك هو عدم الوقوف على ضوابط العلم الحكمي بصفة الوكيل المسخر الحقيقية في التعاقد، والفصل بينه وبين معطيات التعبير الصريح والضمني فضلاً عن اختلاف وجهات النظر وتباين الآراء بشأن النظام القانوني الذي ينتمي إليه المشرع المصري[1] كما أن السبب وراء هذا الاختلاف والتباين هو أن معظم الدراسات القانونية المتخصصة التي تناولت نظام النيابة في التعاقد لم تتطرق إلى نظام التعاقد بطريق الوكالة بالتسخير وهو ما دفعني إلى إعداد هذه الرسالة، وذلك من أجل محاولة إزالة هذا الاضطراب والتباين حول

١) راجع في توضيح ذلك بالتفصيل: دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد – المرجع السابق صـ٨٨ ومابعدها.

مجال تطبيق أحكام النيابة وخاصة فيما يتعلق بنظام الوكالة بالتسخير. ومما تجدر الإشارة إليه أن هذا الموضوع وهو «آثار تصرفات الوكيل المسخر ومن في حكمه» عنوان الرسالة، يعد وبحق موضوعاً جديداً من نوعه فلم يسبق أن تناوله أحد من قبل بالبحث أو الدراسة اللهم إلا إشارات مقتضبه فى مواضع متفرقة فى بعض الكتب والمراجع، وهذا يرجع إلى صعوبة هذا الموضوع من ناحية ومن ناحية أخرى إلى أن المراجع الخاصة به نادرة جداً وغير متوافرة، وأن الباحث فى سبيل جمع المادة العلمية لهذه الرسالة قد واجه معاناه فى الحصول على المراجع والتى وجد بها مجرد إشارة مقتضبة عن هذا الموضوع والتى لا تغنى بدورها عن المطلوب، وبناء عليه كان على الباحث الإطلاع على كل المراجع والكتب والأبحاث والرسائل العلمية والمقالات التى تشير إلى هذا الموضوع، حتى استطاع بتوفيق من الله سبحانه وتعالى إعداد هذه الرسالة والتى تعد وبحق أول دراسة قانونية علمية متخصصة تتناول هذا الموضوع الذى لم يتطرق إليه أحد سواء بالبحث أو الدراسة، وذلك لوعورة الطريق المؤدى إليه وعدم وجود المراجع والكتب والأبحاث التى تناولته سواء من قريب أو من بعيد.

أهمية الموضوع

درج معظم الفقة والقضاء على اعتبار نظام التعاقد بطريق التسخير إحدى صور الصورية وهذا يرجع إلى المفهوم السائد لديهم بأنه عندما يسخر الموكل الوكيل المسخر أو يستعير اسمه فى إبرام تصرف قانونى معين، فإنه أى الموكل أو المستعير للاسم هو الذى يساهم بإرادته فى إبرام العقد وأن الوكيل المسخر أو الاسم المستعار ما هو إلا ستار استخدم اسمه فقط فى التوقيع على العقد وأن مساهمته اقتصرت على عملية التوقيع على العقد، أى أن دوره دور مادى بحت لا يتعدى التوقيع على العقد باسمه الشخصى وأن الموكل هو الذى ساهم بإرادته من الناحية الفعلية فى إبرام العقد، وأن الوكيل المسخر من وجهة نظرهم لا يكتسب صفة الطرف بالمفهوم الشكلى والذى يتمثل فى المساهمة بإرادته فى إبرام العقد وهذا يرجع إلى عدم وجود الدراسات القانونية المتخصصة التى تناولت هذا الموضوع والتى تبين نظام الوكالة بالتسخير كنظام قانونى مستقل شأنه فى ذلك شأن النظم

القانونية الأخرى، كالوكالة بالعمولة، والتعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير والوكالة العادية والفضالة والذى اعترفت به معظم التشريعات بل أفردت له نصوصاً خاصة فى تشريعاتها المدنية مثل التشريع المدنى المصرى فى المادة ١٠٦ مدنى[1] والتشريع المدنى الكويتى فى المادة ٥٨ مدنى كويتى والتشريع السورى فى المادة ١٠٧ مدنى سورى، والتشريع المدنى الليبى فى المادة ١٠٦ مدنى ليبى والتشريع السودانى فى المادة ٩١ مدنى سودانى والتشريع العراقى فى المادة ٩٤٣ مدنى عراقى، غير أن الغموض مازال يسيطر على كثير من جوانب هذا الموضوع وخاصة فيما يتعلق بآثار تصرفات الوكيل المسخر ومن فى حكمه وإلى من تنصرف هذه الآثار أو التصرفات وهل تنصرف فى ذمة الوكيل المسخر أم تنصرف فى ذمة الأصيل على قصد المتعاقد مع الوكيل المسخر، أم تطبق فى هذا الصدد حكم المادة ١٠٦ من القانون المدنى وكذا طبيعة العلاقة بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر، وهل هى علاقة أغيار أم علاقة تعاقدية فضلاً عن بيان وسائل نقل الحقوق والالتزامات، إلى الأصيل، فقد اختلفت آراء الفقه والقضاء فى ذلك اختلافاً بيناً، ومبعث ذلك يرجع إلى تباين الحلول التشريعية واختلاف مدارس تفسير النصوص القانونية وعدم وجود الدراسات القانونية المتخصصة التى تناولت نظام الوكالة بالتسخير كنظام قانونى له كيانه ووجوده، ودقه الحد الفاصل بين الوكالة بالتسخير والوكالة بالعمولة والصورية من خلال استعارة الاسم حيث يوجد بينهما تشابه كبير إلى الحد الذى دفع بعض الفقه والقضاء إلى الخلط بين الوكالة بالتسخير والصورية بطريق التستر، واعتبار الأولى إحدى صور الصورية كما سبق البيان وهو ما دفعنى إلى إعداد تلك الرسالة من أجل بيان أن الوكالة بالتسخير ليست إحدى صور الصورية وأنها نظام قانونى مستقل شأنه فى ذلك شأن النظم القانونية الأخرى من حيث الأحكام والآثار، ونظراً لأن الوكالة بالتسخير تخضع لأحكام خاصة من تشريع إلى آخر فقد اقتصرت فى رسالتى وبصفة رئيسية على تناول الوكالة بالتسخير وفقاً لنصوص القانون المدنى المصرى.

---

١) راجع فى توضيح ذلك بالتفصيل: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـــ٨، ١٢٢ ومابعدها.

وسوف تكون دراستي لهذا الموضوع من خلال خطة تتكون من "مقدمة وثلاثة فصول والخاتمة. الفصل التمهيدي بعنوان «ماهية الوكالة بالتسخير وتطورها التاريخي» يقسم إلى مبحثين: الأول بعنوان: «ماهية الوكالة بالتسخير» حيث يقسم هذا المبحث إلى: ثلاث مطالب حيث يشمل الأول: «تعريف الوكالة بالتسخير وأهميتها» من خلال تقسيمه إلى فرعين: الأول بعنوان: «تعريف الوكالة بالتسخير» والثاني بعنوان: «أهمية الوكالة بالتسخير» والمطلب الثاني بعنوان: «خصائص الوكالة بالتسخير» حيث يقسم إلى ثلاث فروع الأول بعنوان: «الوكيل المسخر وكيل عن آخر» والثاني بعنوان: «الوكيل المسخر يبرم التصرفات القانونية باسمه الشخصي وليس باسم الموكل المسُخِر» والفرع الثالث بعنوان: «تصرف الوكيل المسخر مع الغير يتم لحساب ومصلحة الموكل» والمطلب الثالث بعنوان: «طبيعة الوكالة بالتسخير» حيث يوضح من خلال فرعين الأول بعنوان: «مدى اعتبار الوكالة بالتسخير إحدى صور الصورية» ويقسم هذا الفرع إلى ثلاث غصون الأول يوضح: «الاتجاه القائل بأن الوكالة بالتسخير هي إحدى صور الصورية النسبية التي ترد على الاسم» والثاني يوضح: «الاتجاه القائل بأن الوكالة بالتسخير ليست أحدى صور الصورية النسبية التي ترد على الإسم» والثالث يوضح: «رأي الباحث في هذه المسألة» والفرع الثاني بعنوان: «مدى اعتبار الوكالة بالتسخير لأحد أنواع الوكالة العادية»، والمبحث الثاني بعنوان: «التطور التاريخي للوكالة بالتسخير» وذلك من خلال ثلاث مطالب المطلب الأول: «يوضح الوكالة بالتسخير في النظام القانوني الروماني» حيث يقسم إلى ثلاث فروع الفرع الأول بعنوان: «أهم مجالات فكرة النيابة في القانون الروماني»، والفرع الثاني بعنوان: «النيابة في التصرفات القانونية في القانون الروماني» والفرع الثالث بعنوان: «ظهور فكرة الوكالة بالتسخير في القانون الروماني»، في حين أن المطلب الثاني يوضح: «الوكالة بالتسخير في النظام القانوني الفرنسي» والمطلب الثالث يوضح: «الوكالة بالتسخير في النظام القانوني المصري»، أما الفصل الأول فهو بعنوان: «تعريف الوكالة بالتسخير وما في حكمها وتمييزها عن غيرها» حيث يقسم إلى مبحثين المبحث الأول بعنوان: «تعريف الوكالة بالتسخير وما في حكمها» حيث يقسم إلى مطلبين المطلب الأول بعنوان: «مفهوم الوكالة بالتسخير»، والمطلب الثاني بعنوان: «من

فى حكم الوكالة بالتسخير» حيث يقسم هذا المطلب إلــى فــرعين الأول بعنــوان: «الوصى عن القاصر» والثانى بعنوان: «الولى عن الــصغير» والمبحــث الثــانى بعنوان: «تمييز الوكالة بالتسخير عما يشتبه بها» حيث يقسم إلــى مطلبــين الأول بعنوان: «الوكالة بالتسخير والوكالة بالعمولة» والذى يقــسم إلــى فــرعين الأول يوضح: «مفهوم الوكالة بالعمولة» وذلك من خلال تقسيمه إلى سبعة غصون الأول بعنوان: «ماهية عقد الوكالة بالعمولة وخصائصها» والثانى بعنوان: «الوكالة العادية والوكالة بالعمولة» والثالث يوضح: «موقف الفقه القضاء بشأن معيار التمييز بــين الوكالة العادية والوكالة بالعمولة» والرابع يوضح: «رأى الباحث فى هذه المــسألة» والخامس بعنوان: «آثار الوكالة بالعمولة» والسادس بعنوان: «الضمانات المقــررة لطرفى عقد الوكالة بالعمولة» والسابع يوضح: «حكم تصرفات الوكيل بالعمولــة» فى حين الفرع الثانى بعنوان: «أوجه التشابه والتباين بين الوكالة بالتسخير والوكالة بالعمولة» وذلك من خلال تقسيمه إلى غصنين الأول بعنوان: «أوجه التشابه بــين الوكالة بالتسخير والوكالة بالعمولة» والثانى بعنوان: «أوجه التباين بــين الوكالــة بالتسخير والوكالة بالعمولة» والمطلب الثانى بعنوان: «الوكالة بالتسخير والصورية من خلال استعارة الاسم» والذى يقسم إلى أربعة فروع الأول يوضــح: «مفهــوم الصورية من خلال استعارة الاسم» والثانى يوضح: «أوجه التشابه والتبــاين بــين الوكالة بالتسخير والصورية من خلال استعارة الاسم» ويقــسم هــذا الفــرع إلــى غصنين الأول بعنوان: «أوجه التشابه بين الوكالة بالتسخير والصورية من خــلال استعارة الاسم» والثانى بعنوان: «أوجه التباين بين الوكالة بالتسخير والصورية من خلال استعارة الاسم» وأما الفرع الثالث فهو بعنوان: «حكم تصرفات صاحب الاسم المستعار» والفرع الرابع يوضح: «النتائج السلبية المترتبة علــى تطبيــق أحكــام الصورية على الوكالة بالتسخير»، وأما الفصل الثانى فهو بعنوان: «آثار تصرفات الوكيل المسخر ومن فى حكمه» والذى يقسم إلى مبحثين الأول بعنــوان: «موقــف الفقه والقضاء بشأن آثار تصرفات الوكيل المسخر» حيث يقسم إلى ثلاث مطالــب الأول بعنوان: «الاتجاه القائل بانصراف آثار العقد فى ذمة الوكيل المسخر» والذى يقسم إلى ثلاث فروع الفرع الأول بعنوان: «الفريق القائل بتجريد واقعة العلم بصفة الوكيل المسخر من الأثر القانونى» والفرع الثانى بعنوان: «الفريق القائل بالتعويــل

على واقعة العلم بصفة الوكيل المسخر» أما الفرع الثالث فيوضح: «رأى الباحث في هذه المسألة» وأما المطلب الثانى فهو بعنوان: «الاتجاه القائل بتوقف انصراف آثار العقد فى ذمة الموكل على قصد المتعاقد مع الوكيل المسخر» والذى يقسم إلى ثلاث فروع الفرع الأول بعنوان: «الفريق القائل بالتجريد النسبى لواقعة العلم بصفة الوكيل المسخر من الأثر القانونى» والثانى بعنوان: «الفريق القائل بالتعويل على واقعة العلم بصفة الوكيل المسخر» وأما الفرع الثالث فيوضح: «رأى الباحث فى هذه المسألة» أما المطلب الثالث فهو بعنوان: «الاتجاه القائل بخضوع تصرفات الوكيل المسخر لنص المادة ١٠٦ من القانون المدنى المصرى» والذى يقسم إلى ثلاث فروع الأول بعنوان: «الفريق القائل بانصراف آثار العقد فى ذمة الموكل» والثانى بعنوان: «الفريق القائل بعدم معالجة هذه المسألة من خلال أحكام الصورية» أما الفرع الثالث فيوضح: «رأى الباحث فى هذه المسألة» وأما المبحث الثانى فهو بعنوان: «طبيعة العلاقة بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر» ويقسم إلى ثلاث مطالب المطلب الأول بعنوان: «الاتجاه القائل بأنها **علاقة أغيار**» والذى يقسم بدوره إلى ثلاث فروع الفرع الأول بعنوان: «حجج الاتجاه القائل بأنها علاقة أغيار» والثانى بعنوان: «النتائج السلبية المترتبة على هذه العلاقة» فى حين يوضح الفرع الثالث: «رأى الباحث فى هذه المسألة» أما المطلب الثانى فهو بعنوان: «الاتجاه القائل بأنها علاقة تعاقدية» والذى يقسم إلى ثلاث فروع الأول بعنوان: «حجج الاتجاه القائل بأنها علاقة تعاقدية» والثانى يوضح: «النتائج المترتبة على هذه العلاقة» أما الفرع الثالث فيوضح: «رأى الباحث فى هذه المسألة» والمطلب الثالث بعنوان: «وسائل نقل الحقوق والالتزامات إلى الأصيل» والذى يقسم إلى أربعة فروع الأول بعنوان: «الاتجاه القائل بإبرام عقد جديد بين الوكيل المسخر والأصيل» والثانى بعنوان: «الاتجاه القائل بأن عقد الوكالة يلزم الوكيل المسخر بنقل الحقوق والالتزامات إلى الأصيل» والفرع الثالث يوضح: «رأى الباحث فى هذه المسألة» فى حين يوضح الفرع الرابع: «ضوابط انصراف آثار العقد فى ذمة الأصيل» ثم الخاتمة التى تحتوى على موجز مختصر لموضوعات الرسالة والنتائج التى خلصت إليها وأهم التوصيات التى انتهيت إليها من خلال إعدادى لهذه الرسالة.

الفصل التمهيدى

ماهية الوكالة بالتسخير وتطورها التاريخى

عرض وتقسيم:

عرف المشرع المصرى فى المادة ٦٩٩ من القانون المدنى الوكالة بأنها عقد يلتزم بموجبه الوكيل بأن يبرم تصرفاً قانونياً لحساب الموكل، أى أن محل التزام الوكيل هو القيام بتصرف قانونى لحساب الموكل وذلك بناء على عقد الوكالة المبرم بينهما، ولم يوضح النص المذكور عما إذا كانت الوكالة مأجورة أو غير مأجورة بل جاء النص عاماً مطلقاً وبذلك فإن سياق النص يوضح أن الأصل أنها تبرعية ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

ويستفاد من نص المادة ٦٩٩ مدنى أن المشرع المصرى لم يفرق عند تنظيمه للوكالة العادية بين الوكالة المكشوفة والوكالة المستترة كما فعل المشرع فى بعض الدول، بل ورد التنظيم عاماً حيث وردت عبارة النص عامة مما يستوجب صرف حكمه إلى نوعى الوكالة العادية المكشوفة والمستترة، وعندما تناول المشرع مسألة الآثار المترتبة على العقد الذى يتم من خلال الوكالة العادية، أحال بمقتضى نص المادة ٧١٣ مدنى إلى نصوص المادتين ١٠٥، ١٠٦ مدنى وجاءت الإحالة عامة مما يتعين صرفها إلى الوكالة العادية المكشوفة والمستترة على حد سواء[1].

وأساس عقد الوكالة هو الإتفاق والأخير هو الذى يحدد حدود سلطة الوكيل كما يحدد حقوق والتزامات كل من الموكل والوكيل، والوكالة إذا كانت مصدراً للنيابة فإنها أوسع منها نطاقاً وتبقى إذا قامت معها متميزة عنها، ذلك أن الوكالة قد تكون ظاهرة فتضمن نيابة الوكيل عن موكله بحيث تترتب آثار العقد الذى يبرمه الوكيل مباشرة بين الموكل والعاقد الآخر، وقد تكون مستترة وتضمن تلك النيابة بحيث تظل آثار هذا العقد مقصورة على طرفيه، ويتعين لإنتقالها إلى الموكل قيام عقد جديد بكون هذا الأخير طرفاً فيه سواء أكان الوكيل اسماً مسخراً أخفى وكالته

---

١) راجع فى توضيح ذلك بالتفصيل: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – أثر عدم إعلان النائب عن صفته الحقيقية فى التعاقد وفقاً للقانونين الكويتى والمصرى (مشار إليه سابقاً) صـ١٢٢، ١٢٣.

عن المتعاقد معه أم كان وكيلاً بالعمولة يحترف أعمال الوكالة ولا يمكن من ثم للمتعاقد معه أن يجهل صفته(١).

ولقد مرت الوكالة بمراحل تاريخية متعددة وذلك من خلال التشريعات والنظم القانونية المختلفة التى تناولتها، فقد كان المبدأ الراسخ والمستقر لدى الرومان أنه لا نيابة فى التعاقد على الإطلاق، حيث ظل الفكر الرومانى متأثراً بمبدأ أن ارتباط شخص بنتائج تصرف غيره يعد خروجاً واضحاً على طبائع الأشياء، فلم يصل إلى حد تصور أن العقد يمكن أن يبرمه شخص فتنصرف آثاره إلى غيره حيث لم يعترف الرومان بذلك صراحة بل اعتبروا ذلك استحالة قانونية.

وفى النظام الإسلامى اعترف الفقه الإسلامى بنظام النيابة فى التعاقد منذ نشأته حيث عرف النظام الإسلامى الوصاية والقوامة والوكالة والفضالة والمضاربة والمزارعة وغيرها كتطبيق لنظام النيابة، وفى النظام القانونى الفرنسى لم يعرف نظام التعاقد بطريق الوكالة بالتسخير، ولذلك لم يهتم القانون المدنى القديم بالنص عليه وظل المشرع الفرنسى على موقفه حتى صدور القانون المدنى الجديد الذى لم ينص على نظام التعاقد بالوكالة بالتسخير.

وفى النظام القانونى المصرى فقد نظم المشرع نظام الوكالة بالتسخير فى نصوص القانون المدنى الصادر عام ١٩٤٨م، وذلك فى المادة ١٠٦ مدنى وذلك اعترافاً منه بنظام الوكالة بالتسخير كنظام قانونى له كيانه ووجوده ومشروعيته.

ولبيان ذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: ماهية الوكالة بالتسخير.

المبحث الثانى: التطور التاريخى للوكالة بالتسخير.

---

١) راجع فى ذلك دكتور/ محمود جمال الدين ذكى - **الوجيز فى نظرية الإلتزام فى القانون المدنى المصرى - جـ١ - مصادر الإلتزام - الطبعة الثانية - مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٦م صـ٩٨.**

المبحث الأول
ماهية الوكالة بالتسخير

عرض وتقسيم:

الأصل فى التعاقد أن يعبر الشخص فى التصرف المعتاد عن إرادته بنفسه بقصد إحداث أثر قانوني، وهو إبرام تصرف قانونى لحسابه، ولكن قد تقوم الحاجة إلى أن ينوب عنه فى ذلك شخص آخر يتولى عنه إبرام التصرف القانونى المطلوب الذى يرغب فى إبرامه، بحيث تحل إرادته محل إرادة الشخص الراغب فى إبرام التصرف، وهو ما يعرف بنظام النيابة فى التعاقد والذى أجازته كل القوانين الحديثة، حيث يسمح هذا النظام بأن يبرم شخص تصرفاً قانونياً نيابة عن شخص آخر فتنصرف آثار هذا التصرف مباشرة إلى هذا الأخير كما لو كان هو الذى باشره بنفسه، فتترتب له الحقوق كما يتحمل بالالتزامات الناتجة عنه، والشخص الذى يتولى إبرام التصرف يسمى النائب، ومن يتم التصرف لحسابه يسمى بالأصيل.

والنيابة فى التعاقد لها خصوصية، فهى تتضمن خروجاً عن الأصل العام فى التعاقد والذى يقضى بأن الشخص يتعاقد باسمه ولحساب نفسه، أى أن الشخص الذى يشارك بإرادته فى إبرام العقد يكتسب صفة الطرف بالمفهوم الشكلى فى حين أن من يكتسب الحقوق ويتحمل بالالتزامات المتولدة عن العقد يكتسب صفة الطرف بالمفهوم الموضوعى وبذلك يقوم العقد بإرادة النائب وينصرف أثره إلى الأصيل(١).

ولقد عرف المشرع المصرى الوكالة فى المادة ٦٩٩ مدنى بأنها «الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل». ويستفاد من سياق هذا النص أن المشرع لم يفرق عندما نظم الوكالة العادية بين الوكالة المكشوفة والمستترة كما فعلت بعض التشريعات الأخرى، بل جاء التنظيم عاماً مما يستوجب صرف حكمه إلى نوعى الوكالة العادية المكشوفة والمستترة.

والوكالة بالتسخير تعتبر إحدى صور الوكالة المستترة، مما يستوجب خضوع آثار العلاقات التعاقدية التى تتم من خلالها لأحكام نص المادة ١٠٦ مدنى.

١) راجع فى ذلك: دكتور/ محمود جمال الدين ذكى – المرجع السابق صـ٩٥.

والوكالة بالتسخير هى وكالة نيابية فهى وكالة نيابية لأن أساسها الاتفاق الذى تم بين الوكيل والموكل على أن يقوم الأول بإبرام تصرف قانوني لحساب الأخير، وهـــى نيابية لأن الوكيل فى تصرفه مع الغير يكون نائباً عن الموكل فى هذا التصرف وإن كان يتصرف باسمه الشخصى، ولاشك أن الوكالة بالتسخير تمثـــل أهميـــة بالغـــة بالنسبة للأشخاص الذين يبغون إبرام تصرفات قانونية دون أن يعلم الطرف الآخـــر المتعاقد حقيقة صفتهم، وذلك عن طريق تسخير الوكيل المسخر فـــى إبـــرام هـــذا التصرف وبذلك يستطيع الشخص أن يبرم التصرف القـــانونى المطلـــوب دون أن يظهر فى هذا التعاقد لسبب أو لآخر وبناء على ذلك يتعين تعريف الوكالة بالتسخير وبيان أهميتها وخصائصها وطبيعتها حتى يمكن الوقوف على ما تتســم بـــه مـــن خصائص وطبيعة قانونية خاصة تميزها عن غيرها من النظم القانونيـــة الأخـــرى ولبيان ذلك نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الوكالة بالتسخير وأهميتها.

المطلب الثانى: خصائص الوكالة بالتسخير.

المطلب الثالث: طبيعة الوكالة بالتسخير.

المطلب الأول
تعريف الوكالة بالتسخير وأهميتها

عرض وتقسيم:

القاعدة أن الوكيل يعمل دائماً باسم وحساب الموكل وحينئذ تكون تلك الوكالة نيابية وهى وكالة مكشوفة، والنيابة فى التعاقد لها خصوصية فهى تمثل خروجاً عن الأصل العام فى التعاقد والذى يقضى بأن كل شخص يتعاقد باسمه ولحساب نفسه وفي النيابة فى التعاقد، حيث يقوم العقد بإرادة النائب وينصرف أثره إلى الأصيل وذلك عن طريق حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل فى إبرام التصرف.

وفى ذلك قضت محكمة النقض فى أحد الطعون الذى طرح أمامها(1) بأن «...وكيل السفينة نيابته فى التقاضى نيابة قانونية عن المجهز -المجهز- المقصود به- من يستغل السفينة لحسابه بوصفة مالكاً أو مستأجراً لها. استواء أن يكون شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً - تمثيل الوكيل للأخير فى الدعاوى التى ترفع منه أو عليه... اقتصار هذه النيابة على إجراءات التقاضى وتعلقها بالصفة الإجرائية فى مباشرة إجراءات الخصومة وعدم اتصالها بالحق أو المركز القانونى المدعى به، وجوب الرجوع للقواعد العامة فى النيابة، مقتضاه. انصراف آثار العمل القائم به النائب ونتائجه إلى الأصيل شمول آثار الأحكام الصادرة ضد الأخير أو لصالحه. مؤداه - عدم مساءلة النائب فى أمواله الخاصة بما تنشغل به ذمة الأصيل...».

ومع ذلك فهناك حالات يعمل فيها الوكيل باسمه الشخصى لا باسم موكلة وحينئذ تكون الوكالة وكالة نيابية وهى ما يطلق عليها اسم الوكالة المستترة، فإذا تعاقد النائب باسمه دون أن يظهر صفته كنائب فإن النيابة لا تقوم ويرتب العقد آثاره فى ذمة النائب لا فى ذمة الأصيل، وفى هذه الحالة يسمى الوكيل بالمُسخر ولا تتعدى النيابة العلاقة بينة وبين الأصيل، ولا شك أن الوكالة بالتسخير تمثل أهمية بالغة للأشخاص فى حياتهم العملية، حيث بإمكانهم عن طريق هذا النظام من التعاقد

---

١) راجع فى ذلك: نقض مدنى - الطعن رقم ١١٩ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٥/٤/١٩، الطعن رقم ٤٣٨٤ لسنة ٦٧ق جلسة ١٩٩٩/٦/٢ (حكم غير منشور)، الطعن رقم ٢٤٢٩ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٢/٢/٢٦، الطعن رقم ٦٣٤١ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠٢/٥/١٦ (حكم غير منشور).

إبرام التصرفات القانونية التى يبغونها، دون أن يعلم الغير المتعاقد مع الوكيل المسخر أن الأصيل هو صاحب المصلحة والمتعاقد الحقيقى بل والطرف الموضوعى فى هذا التعاقد، وأن ذمته المالية سوف تتأثر بثمار هذا التصرف سواء الإيجابية منها أو السلبية، وبذلك فإن هذا النظام يحقق الحماية اللازمة للأشخاص الذين لا يبغون الظهور فى التعاقد ويحقق فى ذات الوقت الأغراض والنتائج التى يرمون إلى تحقيقها، فقد تدفعهم ظروفهم العملية إلى إخفاء شخصياتهم الحقيقية عند التعاقد مع الأغيار لسبب أو لآخر، وقد يرجع ذلك إلى وجود مانع قانونى أو أدبى يحول دون مشاركتهم فى التعاقد بأنفسهم، ولذلك يلجأون إلى توسيط غيرهم فى التعاقد بدلاً منهم وهذه الوسيلة من التعاقد تمثل بلاشك أحد التقنيات القانونية فى الفكر القانونى الحديث التى قررها المشرع المصرى بموجب المادة ١٠٦ من القانون المدنى ولتوضيح ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: تعريف الوكالة بالتسخير.

الفرع الثاني: أهمية الوكالة بالتسخير.

الفرع الأول

تعريف الوكالة بالتسخير

إن عبارة الوكالة بالتسخير معناها اصطلاحاً كل من يُسخر الغير في تصرف قانوني معين يرى أن مصلحتة تقتضي إخفاء اسمه عن المتعاقد مع من سخره وجعل المُسخر ستاراً يختفي وراءه في إبرام هذا التصرف، دون أن يظهر باسمه أمام الأغيار على أن يتعاقد المُسخر باسمه الشخصي مع الغير لا باسم من سّخره بحيث يبدو في الظاهر أن المُسخَر هو المتعاقد الحقيقي والطرف الأصلي في التعاقد وأن ذمته المالية تتأثر بثمار هذا التصرف، وإن كان يتعاقد لحساب من سَخره وهو الأصيل.

وليس الوكيل المسخر سوى وكيل عمن سخره ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من حيث إن وكالته مستترة فكأن الشأن شأنه في الظاهر مع كونه في الواقع شأن الموكل، أما غيره من الوكلاء فوكالته سافرة الشأن فيها للموكل ظاهراً وباطناً[1].

وعلى ذلك فالوكالة بالتسخير هي عقد بمقتضاه يلتزم أحدهما ويسمي الوكيل بأن يبرم تصرفاً قانونياً باسمه الشخصي مع الأغيار ولكن لحساب الطرف الآخر ويسمي الموكل[2]، وهذا النوع من الإنفاق يعتبر مشروعاً طالما أنه يستخدم في أعمال مشروعة[3]، فقد يرى الموكل أن مصلحته الشخصية تقتضي عدم إظهار اسمه أمام الأغيار، فيشترط في عقد الوكالة العادية أن يتعامل الوكيل مع الغير باسمه الشخصي وفي هذه الحالة تسمى الوكالة بعقد التسخير.

ويستفاد من ذلك أن إخفاء الموكل حقيقة صفته في التعاقد - تنفيذاً لما تم الاتفاق عليه في عقد الوكالة - ليس مقصوداً لذاته، ولكن من أجل إنتاج أثر قانوني محدد سواء في علاقة الموكل بالمتعاقد مع الوكيل من ذلك مثلاً أن يخفي الموكل

---

١) راجع في ذلك: نقض مدني - الطعنان رقما ٢٤٣٧، ٢٤٦٦ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٣/٥/٣.

٢) راجع في ذلك: دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد - المرجع السابق (أثر عدم إعلان النائب)- صـ٢٤٧.

٣) راجع في ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - جـ٧ (سابق الإشارة إليه) صـ٨٠٤، دكتور/ محمد زكي عبد المتعال - البحث السابق - صـ٥.

فى الشراء اسمه على البائع ويسخر الوكيل للشراء باسمه لأنه يدرك أن البائع لو علم بالمشترى الحقيقى لطلب ثمناً أعلى طمعاً فيه أو لامتنع عن البيع نكاية فيه[١]، أو علاقته بالأغيار، والمجال الخصب لذلك البيوع التى تتم بطريق المزاد العلنى فالغالب أن يسخر المشترى فى المزاد وكيلاً عنه يتقدم إلى المزاد باسمه الشخصى وليس باسم الموكل، لأنه يريد أن يخفى الصفقة عن الجمهور أو لأنه يخشى لو ظهر اسمه هو فى جلسة المزاد أن يتقدم مزايدون يزايدون عليه لعلمهم بحاجته إلى الصفقة فيدفعونه إلى تقديم عطاء أعلى.

وعندما يتعاقد الوكيل المسخر مع الغير فإنه يظهر أمامه بأنه يتعامل لمصلحته الشخصية، فى حين أن قصده انصرف إلى التعامل لمصلحة الموكل ومن ثم نكون بصدد اختلاف أو عدم تطابق بين التعبير والقصد بشأن الصفة فى التعاقد[٢]، ومتى قام الوكيل المسخر بالتعاقد مع أحد الأغيار فمعنى ذلك أننا نكون بصدد عقدين أحدهما تم تكوينة بين الموكل والوكيل وثانيهما تم إبرامه بين هذا الأخير والغير.

وليس هناك ما يحول أن يكون عقد التسخير غير قاصر على عملية واحدة، بل من الممكن أن يشمل عدة عمليات مستمرة ويصبح الوكيل المسخر مستمراً وصاحبة ذى وظيفة دائمة فى هذا الأمر يختفى وراءه المتعاقد الحقيقى المستفيد من التعاقد، وقد يعهد الشخص إلى الوكيل المسخر بوظيفة دائمة لديه، فمثلاً قد يرغب شخص فى أن لا يعلم أحد عن أمواله التى يملكها شيئاً سواء أراد تهريبها من ملاحقة الدائنين أو لأى غرض آخر فيتصرف فى الظاهر فى هذه الأموال بأحد عقود التصرفات لصالح آخر يستخدمه هو اسماً مسخراً له بحيث يظهر الاسم المسخر مالكاً حقيقياً وحينئذ يكون هناك تصرف صورى مصحوب بورقة ضده[٣]. وبذلك نكون بصدد صورية وليست وكالة فى هذه الفرض.

وبذلك يمكن للوكيل المسخر أن يتعاقد باسمه الشخصى لا باسم موكله وعندئذ تكون الوكالة وكالة نيابية وفى هذه الحالة يسمى الوكيل بالمُسخر، وفى هذا

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهورى – الوسيط – جـ٧ (سابق الإشارة إليه) صـ٨٠٤.
٢) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق (أثر عدم إعلان النائب) صـ١٧٠
٣) راجع فى ذلك: دكتور/ محمد زكى عبد المتعال – البحث السابق صـ٥.

المعنى تنص المادة ١٠٦ من القانون المدنى على أنه «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب».

فقد يوكل شخص آخر فى شراء شئ لحسابه ولكن دون أن يذكر للبائع اسم الموكل وإنما يشترى الوكيل باسمه هو شخصياً وهذا ما يعرف بالوكيل المسخر، وفى هذه الحالة توجد وكالة ولكن العقد الذى يشترى به الوكيل لا ينعقد بالنيابة وحينئذ تكون الوكالة قاصرة على العلاقة بين الموكل والوكيل، فلا يستطيع الموكل سوى الرجوع على الوكيل بمقتضى عقد الوكالة، ولا يستطيع المتعاقد الآخر سوى الرجوع على الوكيل الذى تعاقد معه، ولكن يجب على الوكيل فى المثال السابق بعد أن يكتسب ملكية الشيء الذى اشتراه أن يقوم بنقل هذه الملكية إلى الموكل[١]، فلا يجوز له أن يستأثر به لنفسه لأنه يحتفظ به بصفته. أميناً وبالتالى فإن يده عليه يد أمين وليست يد مالك إلى أن ينقل ملكيته إلى الموكل، وبالتالى ليس له الحق فى التصرف فيه بأى وجه من أوجه التصرف فإن تصرف فيه فإنه يسأل عن التصرف فى ملك الغير، وإن بدده أو رفض أن يرده إلى الموكل سئل عن جريمة تبديد وخيانة الأمانة إعمالاً للمادة ٣٤١ عقوبات.

وفى ذلك قضت محكمة النقض فى أحد الطعون الذى طرح أمامها بأنه «إن عقد الوكالة بالتسخير يقتضى أن يعمل الوكيل باسمه الشخصى بحيث يظل اسم الموكل مستتراً ويترتب على قيامها فى علاقة الوكيل المسخر بالغير أن تضاف جميع الحقوق التى تنشأ من التعاقد مع هذا الغير إلى الوكيل المسخر فيكون هو الدائن بها قبلة كما تضاف إليه جميع الالتزامات فيكون هو المدين بها إليه...»[٢].

كما قضت محكمة النقض فى أحد الطعون الذى طرح أمامها «بأن من يعير اسمه ليس إلا وكيلاً عمن أعاره وحكمه هو حكم كل وكيل ومن ثم يمتنع عليه قانوناً أن يستأثر لنفسه بشيء وكل فى أن يحصل عليه لحساب موكله، ولا فارق بينه

١) راجع فى ذلك: نقض مدنى جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤ - الطعن رقم ٦٤٨ لسنة ٤٩ق (فى واقعة استعار فيها شخص اسم زوجته حيث اعتبرت هذه الأخيرة وكيلاً).

٢) راجع فى ذلك: نقض مدنى - الطعن رقم ٢١٥٠ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٢.

وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة، وهذا يقتضي أن يعتبر تسجيل البيع الصادر للوكيل المعير اسمه والذى ترتب عليه نقل الملكية من البائع لحساب الأصيل ويؤول العقار المبيع إليه وإلى ورثته من بعده بطريق الميراث، وذلك أن الحقوق -فيما بين الموكل ووكيله الذى أعاره اسمه تكون كلها للموكل دون الوكيل- فإذا كان التعاقد يتعلق بعقار كانت الملكية للأصيل فيما بينه وبين وكيلة وإن كانت للوكيل المعير اسمه فيما بينه وبين البائع والغير، ويرجع ذلك إلى أنه مهما كان للوكيل المسخر من ملكية ظاهرة فى مواجهة الكافة فإنها ملكية صورية بالنسبة للأصيل يمنع من الاحتجاج بها قبله قيام الوكالة الكاشفة لحقيقة الأمر بينهما...»[1].

وإذا وكل شخص آخر فى تصرف قانونى دون أن يذكر فى سند الوكالة - ما إذا كان الوكيل يعمل باسم الموكل أو يعمل باسمه الشخصى - ففى تلك الحالة الأخيرة قد يرى الموكل إخفاء اسمه فى التصرف الذى فوض فيه الوكيل لسبب ما، فيشترط فى عقد الوكالة أن يعمل الوكيل باسمه الشخصى وليس باسم الموكل حيث يسخره فى ذلك مستخدماً اسم الوكيل فى تنفيذ الوكالة، وفى هذه الحالة يطلق على عقد تلك الوكالة عقد التسخير ويسمى الوكيل بالمسخر كما سبق الإشارة، وتلك الوكالة - النيابية- كما سبق الإشارة أيضاً - هى وكالة مستترة وتلزم الوكيل أن يعمل باسمه الشخصى وإن كان يعمل لحساب الموكل.

ومن الجدير بالذكر أنه لا يكون هناك ثمة تسخير إذا بدى اسم الموكل إلى جانب اسم الوكيل، ومع ذلك فإن الوكالة النيابية تبيح للوكيل أن يعمل باسم الموكل نائباً عنه فهى فى ذات الوقت لا تمنعه من أن يعمل باسمه إذا تراآى له ذلك، وحينئذ يضحى هذا الوكيل فى حكم المسخر رغم كونه قد أتى ذلك من تلقاء نفسه دون تسخير من الموكل، وبالطبع تسرى على هذا الوكيل حينئذ جميع الأحكام التى تسرى على المسخر وتصبح الوكالة أيضاً وكالة نيابية. هذا ويندر أن يعمد الوكيل

---

١) راجع فى ذلك: نقض مدنى ٢٦ نوفمبر ١٩٦٤- مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ صـ١٠٧٣، نقض مدنى ٥ مايو ١٩٦٦ - مجموعة أحكام النقض السنة ١٧صـ١٠١٩، نقض مدنى الطعن رقم ٤٨٦٤ لسنة ٦٤ق جلسة ١٣/٣/١٩٩٥م.

إلى التعاقد باسمه الشخصي من تلقاء نفسه إذا لم يكن مسخراً إذ هو يفضل ألا يتحمل مسئولية انصراف أثر العقد إليه كما يتحملها المسخر.

وقد يرى الموكل أن يخفي اسمه في التصرف الذي فوض فيه الوكيل لسبب أو لآخر، فيشترط في عقد الوكالة أن يعمل الوكيل باسمه الشخصي، ويسخره في ذلك وتسمى الوكالة في هذه الحالة بعقد التسخير أو عقد الاسم المستعار، ويسمى الوكيل بالمسخر أو الاسم المستعار[١].

والقاعدة أن الطرف في التعاقد إنما يتعاقد لنفسه وبنفسه وهذا هو الأصل في التعاقد، فطالما أن المتعاقد لم يفصح – صراحة أو ضمناً – عن حقيقة صفته في التعاقد وأنه يتعاقد بصفته نائباً عن غيره، فإن هذا المتعاقد يضحى وحده الطرف في الرابطة العقدية وأن ذمته المالية سوف تتأثر بثمارها، وعلى هذا الأساس يعتبر طرفاً عاقداً كل من يتعاقد لحساب غيره بدون نيابة، وهذه هي صورة التعاقد بطريق التسخير.

والوكيل المسخر هو إذن وكيل، مجرد وكيل عادى عهد إليه موكله بمهمة إجراء تصرف قانوني معين مع الغير على أن يعمل هذا الوكيل باسمه الشخصي مع الغير دون أن يُظهر شخصية موكله[٢]. وعلى ذلك يمكن تعريف الوكالة بالتسخير بأنها عقد بمقتضاه يلتزم أحدهما ويسمى الوكيل بأن يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي بحيث يبدو في الظاهر أنه الطرف الحقيقي في التعاقد وأن ذمته المالية تتأثر بثمار الرابطة العقدية ولكن لحساب الطرف الآخر ويسمى الموكل.

وهذا النوع من الاتفاق يعتبر مشروعاً طالماً أنه يستخدم في أعمال مشروعة[٣]، فقد يرى الموكل أن مصلحته الشخصية تقتضي عدم اظهار صفته العقدية أمام الأغيار، فيشترط في عقد الوكالة العادية أن يتعامل الوكيل مع الغير باسمه الشخصي، وفي هذه الحالة تسمى الوكالة بعقد التسخير.

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني جـ٧ المجلد الأول – العقود الواردة على العمل ١٩٦٤ دار النهضة العربية صـ٨٠٤.

٢) راجع في ذلك: دكتور/ إسماعيل غانم – النظرية العامة للالتزام – مصادر الإلتزام ١٩٦٨□ صـ١٦١، دكتور/ جمال مرسي بدر – الرسالة السابقة صـ٨٩، دكتور/ عبد الرازق السنهوري – الوسيط – جـ٧ المجلد الأول صـ٦٢١.

٣) دكتور/ محمد زكي عبد المتعال– الشخصية المستعارة تكييفها القانوني وآثارها الحتمية في القانون والفقه والقضاء–بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية–العدد الرابع إبريل عام ١٩٦٩ صـ٥.

ولقد عرفت المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى الاسم المستعار وهى بصدد الكلام عن عقد الوكالة وذكرت فى هذا الصدد أنه «إذا كان – أى الوكيل – يعمل دائماً لحساب الموكل فليس من الضرورى أن يعمل باسمه فقد يعمل باسمه الشخصى، وهذا ما اصطلح على دعوته «بالاسم المستعار» والاسم المستعار وكيل كسائر الوكلاء يتسع له تعريف المشروع ويضيق عنه تعريف القانون الحالى. وإن كان هذا التقنين يشير إليه إشارة مقتضبه في أحد نصوصه (مادة ٦٤٨/٥٢٣) ولا يختلف الاسم المستعار عن سائر الوكلاء فى علاقته بالموكل، ولذلك لم يخصص المشروع له مكاناً فى عقد الوكالة، وإنما يتميز بأحكام خاصة فى علاقته مع الغير، وهذا مكانه فى النيابة بوجه عام حيث نجد فى المشروع نصاً خاصاً به (مادة ١٠٩) وقد أحيل فى الوكالة على هذا النص»[١]. ومؤدى هذه العبارات – وعلى حد تعبير محكمة النقض المصرية – فى حكم حديث لها بأن «من يعير اسمه ليس سوى وكيلاً عمن إعارة وأنه لا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من حيث إن وكالته مستترة فكأن الشأن شأنه فى الظاهر مع كونه فى الواقع شأن الموكل، أما غيره من الوكلاء فوكالته سافره الشأن فيها للموكل ظاهراً وباطناً»[٢].

وكثيراً ما تضطر الظروف العملية الشخص إلى إخفاء اسمه الحقيقى عند التعاقد ويقوم بتوسيط غيره فى التعاقد بدلاً منه، على أن يتم التعاقد باسم الوسيط الشخصى لا باسم من وسطه ومعنى ذلك أن الشخص يسخر غيره فى التعاقد، بحيث يظهر المسخر أو الوسيط وكأنه صاحب المصلحة الحقيقية فى التعاقد، ولذلك يسمى هذا الوسيط بالاسم المسخر وتسمى العلاقة التى تربطة بمن وسطه بعقد التسخير[٣]، ومن أمثله الظروف العملية أنه قد يبغى أحد الأشخاص شراء قطعة أرض هو فى أمس الحاجة إليها ولكنه يدرك أن البائع سيطلب ثمناً أعلى طمعاً فيه، أو يمتنع عن البيع له أصلاً نكاية فيه فيما لو علم بشخصيته أى شخصية المشترى وبناء عليه

---

١) مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٥ صـ١٨٥ وراجع فى ذلك: محمد كمال عبد العزيز – المحامى – القانون المدنى – مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ١ التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه – مكتبة القاهرة الحديثة – الطبعة الثانية ١٩٨٠ صـ٢٩٦ وما بعدها.

٢) راجع فى ذلك: نقض مدنى الطعن رقم ٤٨٦٤ لسنة ٦٤ق جلسة ١٣/٣/١٩٩٥م.

٣) راجع فى ذلك: دكتور/عبد الرزاق السنهورى – الوسيط فى شرح القانون المدنى – جـ٧ المجلد الأول*☐ صـ٨٠٥ ومابعدها، دكتور/ محمد زكى عبد المتعال – البحث السابق صـ٩.

يقوم الشخص الراغب فى الشراء بالاتفاق مع شخص من الغير على إتمام الشراء ولكن باسم هذا الغير ومن ذلك أيضاً أن يبغى شخص الدخول فى جلسة مزاد علنى ولكنه يريد إخفاء الصفقة عن الجمهور، أو يخشى لو ظهر اسمه فى جلسة المزاد لتقدم مزايدون عليه لعلمهم بحاجته إلى الصفقة مما يضطره إلى تقديم عطاء أعلى فيقوم فى هاتين الحالتين بالاتفاق مع شخص من الغير على أن يتقدم هذا الغير فى جلسة المزاد باسمه الشخصى.

وأكثر ما يكون التسخير فى حالة وجود مانع قانونى يحول دون قيام الشخص بإبرام التصرف بنفسه أو يحظر عليه مباشرة بعض العقود أو التعامل فى بعض الحقوق، وخير مثال لذلك ما ينص عليه القانون من منع عمال القضاء والمحامين من شراء الحقوق المتنازع عليها التى يكون نظرها من اختصاص المحاكم التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها كما ورد فى المادة ٤٧١ مدنى ومنع النائب والسمسار والخبير والمحامي من شراء المال المكلف ببيعة أو تقدير ثمنه أو الدفاع عنه طبقاً للمادتين ٤٧٢، ٤٧٩ مدنى- فللتحايل على الحظر بالشراء الذى أراد به المشرع القضاء على حظر استغلال النفوذ - يلجأ الشخص الممنوع من التصرف فى بعض الحقوق إلى استعمال اسم مسخر يتعاقد باسمه الشخصى ولكن لحساب الموكل المسخر. ونظراً لأهمية نظام الوكالة بالتسخير فى الحياة العملية فقد اعترف المشرع المصرى صراحة بشرعية اتفاق التسخير فى أكثر من موضع، حيث أباح المشرع أن يستعير الأشخاص أسماء غيرهم فى الدخول فى مزايدات البيوع القضائية على أن يُعلم الاسم المستعار عن ذلك خلال ثلاثة أيام من تاريخ المزايدة، كما يستطيع المورث أن يستعير فى التصرفات أسماء فروعه وزوجه وأزواج فروعه، وذلك فيما يتعلق بفرض رسم الأيلولة على التركات كما يستطيع المؤلف أن يستعين باسم مستعار آخر يضعه على مؤلفه بحيث يظهر باعتباره المالك الظاهر للمصنف[1].

---

١) راجع فى ذلك: المادة ٤٤٤ من قانون المرافعات الجديد والمادة الرابعة من القانون ١٤٢ لسنة ١٩٤٤م الخاص بفرض رسم أيلولة على التركات والمادة ٢٨ من القانون ٣٥٤ لسنة ١٩٧٤ الخاص بحماية حق المؤلف.

الفرع الثانى
أهمية الوكالة بالتسخير

يمثل التعاقد بنظام الوكالة بالتسخير أهمية بالغة فى الحياة العملية كنظام قانونى شأنه شأن أى نظام قانونى آخر اعترف به المشرع المصرى صراحة فى مواضع كثيرة، فكثيراً ما تضطر الظروف العملية الشخص إلى التعاقد مع الأغيار ولكن دون أن يظهر على مسرح التعاقد باسمه الشخصى أو على أنه المتعاقد الأصلى والطرف الحقيقى فى التعاقد وأن ذمته المالية سوف تتأثر بثمار العقد، فقد تقوم لديه موانع قانونية أو أدبية تحول بينه وبين التعاقد بطريق مباشر مع الأغيار فيلجأ فى سبيل ذلك إلى التفكير أو محاولة البحث عن وسيلة تمكنه من التغلب على هذه الموانع، والوصول من وراء ذلك إلى المصلحة أو المنفعة التى يبغى تحقيقها من وراء الممنوع أو المحظور ولا يلزم دوماً أن تكون هذه المصلحة أو المنفعة مادية دائماً وإنما قد تكون من طبيعة أدبية أو معنوية، ومن هذه الوسائل التى تمكن الشخص من التغلب على هذه الموانع التى قد تحول دون الوصول إلى غايته هى التعاقد بطريق الوكالة بالتسخير.

فقد تدفع الشخص ظروفه العملية إلى إخفاء اسمه الحقيقى عند التعاقد ويقوم بتوسيط غيره فى التعاقد بدلاً منه، على أن يتم التعاقد باسم الوسيط الشخصى لا باسم من وسطه معنى ذلك أن الشخص يسخر غيره فى التعاقد، بحيث يظهر المسخر وكأنه صاحب المصلحة الحقيقية فى التعاقد، ولذلك يسمى هذا الوسيط بالاسم المسخر وتسمى العلاقة التى تربطه بمن وسطه بعقد التسخير[1]. ومن أمثلة الظروف العملية أنه قد يبغى أحد الأشخاص شراء قطعة أرض هو فى أشد الحاجة إليها ولكنه يدرك أن البائع سيطلب ثمناً أعلى طمعاً فيه أو يمتنع عن البيع له أصلاً نكاية فيه، فيما لو علم بشخصيته أى شخصية المشترى فيقوم هذا الأخير بالاتفاق مع شخص من الغير على إتمام الشراء ولكن باسم هذا الغير، ومن ذلك أيضاً أن يبغى شخص الدخول فى جلسة مزاد علنى ولكنه يريد إخفاء الصفقة عن الجمهور

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى جـ٢ المجلد الثانى - الطبعة الثانية صـ١٤٣٥.

أو يخشى لو ظهر اسمه فى جلسة المزاد أن يتقدم مزايدون عليه لعلمهم بحاجته إلى الصفقة مما يضطره إلى تقديم عطاء أعلى فيقوم فى هاتين الحالتين بالاتفاق مع شخص من الغير على أن يتقدم هذا الغير فى جلسة المزاد باسمه الشخصى.

والتعاقد بطريق التسخير يكون صحيحاً طالما كان الغرض منه مشروعاً(١) وسليماً لأنه من المقرر قانوناً أن كل تصرف قانونى يجوز للشخص ان يبرمه بنفسه يجوز له أن يبرمه بواسطة نائب، وما التعاقد بطريق التسخير إلا أحد هذه الطرق غير المباشرة ولقد اعترف المشرع المصرى صراحة بشرعية اتفاق التسخير فى أكثر من موضع كما سبق البيان، وذلك على النحو التالى:

أولاً: أباح المشرع في المادة ٤٤٤ من قانون المرافعات أن يستعير الأشخاص أسماء غيرهم فى الدخول فى مزايدات البيوع القضائية على أن يعلن الاسم المستعار عن ذلك خلال ثلاثة أيام من تاريخ المزايدة.

ثانياً: يفترض المشرع فى الفقرة الرابعة من المادة الرابعة (المعدلة) من القانون ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ الخاص بفرض رسم الأيلولة على التركات (المعدلة بالقانون ٢٢٧ لسنة ١٩٩٦)، أن المورث يستعير فى التصرفات أسماء فروعه وزوجه وأزواج فروعه واعتبر هؤلاء أسماء مستعارة.

ثالثاً: أباح المشرع بالمادة ٢٨ من القانون ٣٥٤ لسنة ١٩٧٤ الخاص بحماية حق المؤلف (المعدل بالقانون ٣٨ لسنة ١٩٩٢) أن يستعين المؤلف باسم مستعار يضعه على مؤلفة بحيث يظهر باعتباره المالك الظاهر للمصنف.

أما إذا كان الغرض من التسخير غير مشروع بأن كان الغرض هو الغش والتحايل على أحكام القانون الآمرة المتعلقة بالنظام العام أو الغش والتحايل على حقوق الغير كان اتفاق التسخير باطلاً وقابلاً للإبطال على حسب الأحوال، لأن مالا يستطيع الشخص مباشرته بنفسه لا يستطيع أن يباشره بمسخر، ويشمل البطلان حينئذ عقد التسخير ذاته، والتصرف الذى باشره الوكيل المسخر باسمه الشخصى مع الغير، والتصرف الذى نقل به الوكيل المسخر الحق إلى الأصيل، وأيًا كان الغرض من التسخير فإن التسخير يتخذ الصورة التى تلائمه، فمن يسخر فى شراء

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ محمد زكى عبد المتعال – البحث السابق صـ٥.

منزل يوكل المسخر فى شراء هذا المنزل على أن يكون الشراء باسم المُسخِر الشخصى، ومن يسخر فى بيع منزل يبيع أولاً هذا المنزل إلى مُسخِر ويوكله فى بيعة إلى الغير على أن يكون البيع باسم الشخص المسخر، ومن يسخر فى قبض دين له فى ذمة الغير يحول هذا الحق إلى مسخر فيقبضه هذا باسمه الشخصى وهكذا.

والوكيل المسخر يعتبر نائباً بالمعنى الفنى والقانونى لأن طبيعة عمله وإن كانت تقتضى أن يساهم بإرادته فى إبرام العقد باسمه الشخصى، غير أن قصده وكذا قصد موكلة انصرفا إلى عدم تأثر ذمته المالية سواء الإيجابية أو السلبية بآثار العقد، وقد يحدث أن يستخدم شخصاً آخر للقيام بأعماله وهو فى ذلك يريد أن يعتقد الغير أن هذا الوسيط إنما هو المستفيد الحقيقى من التعاقد، فهو لا يرمى إلى إخفاء اسمه فحسب بل يقصد منع هذا الغير من أن يصل علمه أن هناك فى هذه العملية شخصاً آخر ذا مصلحة غير المستفيد الظاهر، ويقال عندئذ إن الوسيط هو اسم مستعار أو وكيل مسخر.

ولا يوجد ما يمنع أن يكون عقد التسخير غير قاصر على عملية واحدة بل يشمل عدة عمليات مستمرة، ويصبح الاسم المستعار أو الوكيل المسخر مستمراً وصاحبة ذا وظيفة دائمة فى هذا الأمر يختفى وراءه المتعاقد الحقيقى المستفيد من التعاقد وقد يعهد الشخص إلى الوكيل المسخر بوظيفة دائمة لدية، فمثلاً قد يرغب شخص فى أن لا يعلم أحد شيئاً عن أمواله التى يملكها سواء أراد تهريبها من ملاحقة الدائنين أو لأى غرض آخر، فيتصرف فى الظاهر فى هذه الأموال بأحد عقود التصرفات لصالح آخر يستخدمه هو اسماً مستعاراً له بحيث يظهر الاسم المستعار مالكاً حقيقياً، وحينئذ يكون هناك تصرفٌ صورى مصحوب بورقة ضده[1].

وأهمية هذا النظام العملية واضحة من حيث أنه يسمح بإبرام عقود لحساب أشخاص قد تكون لهم مصلحة فى التجهيل بأشخاصهم عند التعاقد، وبذلك يحقق هذا النظام مزايا نظام الاسم المستعار دون أن يصطحب ذلك بضرورة نقل آثار العقد

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ محمد زكى عبد المتعال – البحث السابق – صـ٣ وما بعدها.

من الوكيل المسخر إلى صاحب الشأن بتصرف جديد كما هو الشأن في حالات تعاقد الوكيل باسم نفسه إذا لم يحتفظ في العقد بالحق في الكشف عن شخص صاحب الشأن، ومن النتائج العملية لاعتبار هذا النوع من العقود من تطبيقات النيابة أنه لا يستحق على التصرفات العقارية إلا رسم شهر واحد إذ أن الكشف عن شخصية الأصيل ليس تصرفاً جديداً كما أن المشترى الأول في هذه الصورة ليس إلا نائباً لا ترجع إليه آثار العقد.

ولا شك أن الوكالة بالتسخير كنظام قانوني لها أهمية كبيرة في الحياة العملية حيث إنها الوسيلة التي تمكن الأشخاص من إبرام التصرفات القانونية والعقود في حالة وجود مانع أدبي أو قانوني يحول بينهم وبين القيام بذلك عن طريق الاستعانه بأشخاص آخرين من الغير يعهد إليهم بالقيام بهذه التصرفات، ومن أمثلة الموانع القانونية(١).

١- قد يرى الشخص الذي يريد الدخول في إحدى المزايدات أن هذه العملية موضوع المزايدة مهمة له وتعود عليه بالنفع والفائدة الكبيرة، فإذا ما فكر في دخول هذه المزايدة باسمه فسوف يواجه منافسة عاتية من قبل الغير الذين يهمهم عدم رسوها عليه مهماً كان الثمن فيلجئون في سبيل ذلك إلى رفع الثمن مما يؤدي بالتالي إلى تعرضه لخسارة فادحة إذا ما أراد رسو العملية عليه، نظراً لأن الجدوى الاقتصادية لهذه العملية لن تكون مجدية بالنسبة له وقد يكون الهدف من عدم ظهوره باسمه في هذه المزايدة هو إخفاء هذه الصفقة عن الجمهور وفي سبيل تفادي كل هذه المخاطر التي قد يتعرض لها إذا ما دخل هذه المزايدة باسمه فإنه يلجأ في ذلك إلى أحد الأشخاص الذي يتفق معه على دخول المزايدة بدلاً منه باسمه - أي باسم الغير- على أن تنتقل إليه بعد ذلك من الأخير جميع الحقوق والالتزامات المترتبة على هذه العملية وذلك عن طريق تصرف جديد خلافاً لعقد الوكالة المبرم بينهما في هذا الصدد والذي يكفل للأصيل نقل الحقوق والالتزامات التي تترتب على هذه العملية إلى ذمته بدلاً من ذمة الوكيل المسخر.

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط جـ٧ المجلد الأول (سابق الإشارة إليه) صـ٤٠٨، دكتور/ محمد زكي عبد المتعال - البحث السابق صـ١٢.

٢- فى حالة الشفعة إذا ما أراد شخص أن يتعاقد على شراء عقاراً بطريق الشفعة فيخشى أن يرفع صاحب العقار الثمن ويغالى فيه نكاية فيــه، إمــا لوجــود خلافات شخصية بينهما أو رغبة من صاحب العقار فى الحصول على ثمن أكثر من الثمن الفعلى للعقار، وخاصة إذا ما علم الأخير أن الشخص الذى يرغب فى شــراء العقار بالشفعة ملئ، ففى هذه الحالة يلجأ طالب الشفعة إلى أحد الأغيار لكى يقــوم بشراء العقار باسمه هو لا باسم راغب الشراء، وبعد ذلك يتولى نقل ملكيــة هــذا العقار إلى الأصيل بموجب عقد جديد، وبذلك يكون قد فوت على صــاحب العقــار فرصة استغلاله.

٣- حدد المشرع بموجب المادة الأولى من القانون رقــم ٥٠ لــسنة ١٩٦٩ الحد الأقصى الذى لا يجوز أن تتجاوزه ملكية الفــرد مــن الأراضــى الزراعيــة والأراضى البور بمقدار خمسين فداناً، وكذلك ملكية الأسرة منها بمقدار مائة فدان، كما وضع المشرع بموجب القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٨ تنظيماً خاصاً للحد الأقصى للملكية فى الأراضى الصحراوية، وبنــاء عليه فإن رغبة أحد الأفراد فى تملك أراضى تزيد عن الحد الأقصى المقــرر لــه قانوناً، قد تدفعه إلى تسخير شخص غيره ليوقع بدلاً منه على عقد تملكه لما يجاوز الحد الأقصى فى حين يكون المُسخر هو المالك الحقيقى للأرض والمستغل لها[1].

٤- إذا كان (أ) هو بائعاً لمحل تجارى للمشترى (ج) واشترط عليه عــدم المنافسة فإنه يكون ملتزماً قبله بشرط عدم المنافسة، وفى سبيل ذلك يلجأ (ج) إلــى تسخير غيره (ب) لشراء هذا المحل باسمه الشخصى وافتتاحه لينافس المحل الأول وذلك دون أن يبرز (ب) وكالته، ودون أن يعلم المتعاقد معه بها.

٥- إذا كان (أ) و(ج) هما شخصين كل منهما دائن ومدين للآخر، فيمكن لأحدهما وليكن (أ) أن يحول حقه إلى ذمة آخر وليكن (ب) كمسخر حتى يتفــادى دفع (ج) بالمقاصة إعمالاً لنص المادة ٣٠٣ مدنى.

ومن أمثلة الموانع الأدبية التى قد تقوم لدى الموكل وتحول بينه وبين إبرامه التعاقد بنفسه أو من خلال الوكالة الظاهرة فهى الأخرى متعددة، ونذكر منها علــى سبيل المثال.

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ مجدى حسن خليل - القانون الزراعى ١٩٩٧ صـــ٢٢٧.

١- إذا افترضنا أن (أ) مشتر و(ج) بائع وأنه توجد خلافات عائلية أو شخصية بينهما فإن ذلك يكون من شأنه أن يدفع (أ) إلى تسخير آخر وليكن (ب) ليشترى له المال المبيع من (ج) ودون أن يبرز (ب) وكالته ودون أن يعلم بها (ج) ففى هذا الفرض فإن (أ) يدرك أن (ج) لو علم بأن (ب) يبرم التعاقد لحسابه لامتنع عن إتمامه أو على الأقل لطالب بثمن مغالٍ فيه.

٢- إذا كان (زيد) صاحب حق متنازع فيه، ولأنه يرغب فى عدم ظهور اسمه فى المنازعات القضائية، فإنه يسخر آخر وليكن (عمرو) ليرفع الدعوى القضائية باسمة الشخصى وبذلك يتجنب الزج باسمه فى الأوراق والإجراءات القضائية.

٣- إذا كان (زيد) صاحباً لحق متنازع فيه، ونظراً لرغبته فى الكيد واللدد لخصومة فإنه قد يبيع هذا الحق لمسخر (عمرو) حتى يغير بذلك المحكمة المختصة محلياً بنظر النزاع فيما لو رفعت عليه الدعوى شخصياً.

وبذلك تبدو لنا أهمية الوكالة بالتسخير كنظام قانونى اعترف به المشرع المصرى فى مواضع كثيرة صراحة كما سبق القول، إذ يستطيع الشخص من خلالها إبرام التصرفات القانونية التى يراها محققة لمصلحته متخطياً بذلك الموانع القانونية والأدبية التى تحول بينه وبين تحقيق ذلك.

المطلب الثانى
خصائص الوكالة بالتسخير

عرض وتقسيم:

سبق تعريف الوكالة بالتسخير[١] بأنها عقد بمقتضاه يلتزم أحد طرفيه ويسمى الوكيل بأن يتعاقد مع الأغيار باسمه الشخصى لا باسم من وكلـه ولكـن لحساب الطرف الآخر ويسمى الموكل. ويستفاد من هذا التعريف أن الوكيل المسخر يرتبط بالموكل بعقد وكالة تلقاه قبل القيام بإبرام التصرف المطلـوب إبرامـه، يستطيع بموجبه أن يتعاقد مع أحد من الأغيار باسمه الشخصى بحيث يبدو أمام الغير علـى أنه الطرف الأصلى والمتعاقد الحقيقى فى التعاقد، وأن ذمته المالية سـوف تتـأثر بآثار العقد سواء الإيجابية منها أو السلبية، والوكيل المسخر يتعامل مع الغير باسمه الشخصى لا باسم الموكل دون أن يكشف عن شخصية هذا الأخيـر عنـد إجـراء التعاقد، وذلك تنفيذاً لعقد الوكالة الذى عقداه معاً والذى اشترط الموكل بموجبه على الوكيل-المسخر أن يتعاقد مع الغير باسمه الشخصى، دون الكشف عن كنه شخصيته للغير وذلك لأسباب يحتفظ بها الموكل لنفسه، على أن الآثار المترتبة علـى هـذا التعاقد من حقوق والتزامات لا تدخل فى ذمة الوكيل المسخر لأنه يتسلمها في يـده على سبيل الأمانة وبذلك يلتزم بعد ذلك بنقلها إلى ذمة الموكل تنفيذاً لعقـد الوكالـة المبرم بينهما وبالتالى فإن يده عليها ليست يد مالك ولكن يد أمين، ومن ثم فليس له الحق التصرف فيها بأى وجه من أوجه التصرفات كما أنـه إذا بـددها أو رفـض تسليمها إلى الموكل فإنه يسئل عن جريمة تبديد أو خيانـة الأمانـة علـى حسب الأحوال ولتوضيح ذلك نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

الفرع الأول: الوكيل المسخر وكيل عن آخر.

الفرع الثانى: الوكيل المسخر يبرم التصرفات القانونيـة باسـمه الشخـصى وليس باسم الموكل المُسخر.

الفرع الثالث: تصرف الوكيل المسخر مع الغير يتم لحساب ومصلحة الموكل.

---

١) راجع فى ذلك صـ٣١ من الرسالة.

الفرع الأول

الوكيل المسخر وكيل عن آخر

متى أبرم الوكيل المسخر تصرفاً قانونياً ما مع أحد الأغيار فإنه يتعامل مع هذا الغير باعتباره وكيلاً مستتراً تلقى وكالته بصدد هذا التصرف قبل إبرامه مع الغير، وبمعنى آخر أنه لكى تتوافر للوكيل المسخر صفة الوكالة فى إبرام تصرف قانونى ما لابد أن يتلقى هذه الوكالة قبل القيام بالتصرف مع الغير، وعلى ذلك إذا لم يتلق وكالته قبل أبرام التصرف القانونى فلا يكتسب صفة الوكيل لأن هذه الصفة لا تكتسب الإبناء على سند الوكالة الصادر من الموكل وعندئذ لا يعدو فى هذه الحالة إلا أن يكون فضولياً.

ويرى بعض الفقه[1] أن الاسم المستعار يسمى بالوكيل المسخر أو الوكيل بالاسم المستعار تمييزاً له عن الوكيل العادى، ولكننى اختلف معه فيما ذهب إليه ذلك لأن الوكيل المسخر هو وكيل كسائر الوكلاء ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا أن وكالته مستترة وبذلك فإنه عندما يقدم على أبرام تصرف قانونى معين فإنه يشارك بإرادته مشاركة إيجابية وفعالة فى أبرام هذا التصرف، لأن التعبير عن الإرادة يصدر منه وهو ما يعرف بالإيجاب حيث يشارك بإرادته فى أبرام التصرف مع الغير كما لو كان هو المتعاقد الأصلى والطرف الحقيقى فى التعاقد وإن ذمته المالية سوف تتأثر بثمار العقد الإيجابية منها والسلبية، فى حين أن صاحب الاسم المستعار ليس له أى دور إيجابي وفعال فى أبرام التصرف القانونى، أى أنه لا يشارك بإرادته مشاركة إيجابية وفعالة فى أبرام العلاقة العقدية ولكن دوره فى ذلك دور مادى بحت وهو التوقيع على العقد[2] وبالتالى يختفى بعد ذلك عن مسرح التعاقد بعد التوقيع باسمه الشخصى على العقد، ولا شك أن إرادة صاحب الاسم المستعار لا يكون لها دور فى أبرام التصرف القانونى، لأن إرادته وإن كانت تبدو فى الظاهر أنها تساهم فى أبرام العقد إلا أن واقع الأمر خلاف ذلك، ففى حقيقة الأمر أن إرادة مستعير الاسم هى التى تساهم فى أبرام العلاقة العقدية،

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ أحمد مرزوق - نظرية الصورية فى التشريع المصرى - رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٥٧ فقرة ١٨٠.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد - أثر عدم إعلان النائب عن صفته (سابق الإشارة إليه) صـ٢٤٩.

وبالتالى فإن هذه الإرادة هى التى تكون محل اعتبار عند النظر فى عيوب الإرادة وأثر العلم أو الجهل ببعض الظروف الخاصة. وطالما أن الوكيل المسخر يتلقى وكالة فى صدد تصرف ما قبل القيام بهذا التصرف فعلاً فإن الفضولى وهو الذى يتولى عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر يسمى رب العمل دون أن يكون ملزماً بذلك، لا يعتبر وكيلاً مسخراً فى حالة إقرار عمله من رب العمل فرغم سريان قواعد الوكالة فى هذه الحالة إلا أن الفضولى لم يكن مرتبطاً بـرب العمل بعقد وكالة سابق بل إنه أى الفضولى يتولى شأن رب العمل دون أن يكون ملزماً بذلك، ومن ثم فإن الفضولى لا يستطيع أن يرجع على رب العمل بدعوى الوكالة بل يرجع عليه بدعوى الفضالة.

وكذلك الأمر فى حالتى بيع ملك الغير والوكيل العادى الذى يتجاوز حدود وكالته وإقرار عملهما بمعرفة المالك الأصلى فى الحالة الأولى والموكل فى الحالة الثانية، فكل منهما (البائع والوكيل) لا يعتبر وكيلاً مسخراً يطبق عليه قواعده وأحكامه، إذا لم تكن ثمة وكالة سابقة تخولهما القيام بما قاما به بالرغم من أن النتيجة واحدة بإقرار المالك الأصلى أو الموكل عملهما القانونى اللذين أبرماهما مع الغير.

والوكيل المسخر يعتبر نائباً بالمعنى الفنى والقانونى(١)، لأن طبيعة عمله وإن كانت تقتضى أن يساهم بإرادته فى أبرام العقد باسمه الشخصى إلا أن قصده وكذا قصد موكله انصرفا إلى عدم تأثر ذمته المالية سواء الإيجابية أو السلبية بآثار العقد، وهذا الوصف يتواءم بما لا يدع مجالاً لشك مع المفهوم الفنى للنيابة فى التعاقد كما عناه المشرع فى الدول المختلفة وعرفه الفقه والقضاء، وإذا كان المشرع قد اشترط من أجل تكوين العقد وفقاً لنظام النيابة فى التعاقد أن يتعاقد النائب مع أحد الأغيار باسم الأصيل إلا أن ضرورات الحياة دفعته إلى التخلى عن هذا الشرط ولكن فى حدود معينة، حيث قرر المشرع بموجب نص المادة ١٠٦ من القانون المدنى انصراف آثار العقد فى ذمة الأصيل مباشرة على الرغم من أن تعامل النائب لم يتم باسم هذا الأخير متى ثبت انتفاء مصلحة الغير فى تحديد الشخص الذى تتأثر ذمته المالية بآثار العقد، أو كان يعلم بمعزل عن معطيات التعبير الصريح أو

---

١) راجع فى ذلك بالتفصيل: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق (أثر عدم إعلان النائب عن صفته) صـ١٣٤، ١٣٥، ١٣٦، ١٣٧، ١٣٨، ١٣٩، ١٤٠.

الضمني بصفة النائب الحقيقية في التعاقد أو أن النائب قد أعلن صراحة أو ضمناً بحقيقة صفته في التعاقد.

وعقد التسخير هو عقد وكالة غير أنها وكالة مستترة، ومن المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن عقد التسخير هو عقد وكالة، ولكنها وكالة مستترة لأن الوسيط يستعمل كاسم مستعار لموكله، والوكالة مستترة تماماً طالما ظلت في طي الكتمان، إذ لا يوجد ما يشعر الغير أن الاسم المستعار يعمل لحساب آخر[١] ومتى أصبح شخص اسماً مستعاراً لآخر فإنه يكون في علاقته بهذا الأخير وكيلاً عنه وهو في الحقيقة ليس إلا كذلك، وحينئذ تنطبق قواعد الوكالة وأهمها أن الوكيل لا يجوز له الاحتفاظ بالأموال التي حصل عليها ولا بالمبالغ التي حصلها فهو محاسب كما أنه وكيل[٢]، فالوكيل المسخر إذن هو وكيل عهد إليه موكله بالقيام بتصرف قانوني مع الغير على أن يعمل هذا الوكيل باسمه الشخصي مع الغير دون أن يظهر شخصية موكله.

وقد عرف بونت (Pont) الإسم المستعار بأنه هو الوكيل الذي أصطلح على دعوته بالاسم المستعار والذي يعمل باسمه هو مع الغير دون أن يظهر شخصية موكلة[٣].

وقال تربولونج (Troplong) إن الاسم المستعار وإن كان يظهر أمام الغير أنه صاحب الحق ورب العمل فإنه بالنسبة للطرفين لم يكن سوى وكيل[٤].

وقال (Loran) إن الاسم المستعار المعروف في الوكالة هو من يظهر أمام الغير بمظهر المالك للشيء وصاحب الحق فيه بيد أنه في الحقيقة لم يكن سوى وكيل[٥].

وعرف بودري لاكنتري وفاهل (Bandry lacantenaire et Fahl) بأنه الوكيل الذي يعمل تحت ستار أنه صاحب الحق العيني أو الحق الشخصي الذي يبرمه مع الغير مع أنه لم يكن سوى وكيل مستتر[٦].

وعرفه بيدان (Beudant) بأنه الوكيل الذي عهد إليه موكله أن يعمل دون أن يظهر نفسه أنه وكيل، وبمعنى آخر هو الذي يعمل باسمه هو الذي يعيره لموكله[٧].

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ محمد زكي عبد المتعال – البحث السابق صـ٧.

2) Planniol: Traite de droit civil-T-2-. 1926, p. 755.
3) Les petits contrats, T. 1679.
4) Le contrat de la procusation, T. 43.
5) Tome. 18, N. 76.
6) Le contrat de la procuration, P. 424.
7) Beudant: dans son commentaire relatef au jugement du tribunal Francais de cassation.

الفرع الثانى

الوكيل المسخر يبرم التصرفات القانونية باسمه الشخصى وليس باسم الموكل المُسخر

إذا كان الوكيل المسخر وكيلاً عمن أعاره إلا أنه يلتزم بمقتضى عقد الوكالة المستترة – الذى هو عقد التسخير – بألا يكشف عن صفته الحقيقية فى التعاقد – صراحة أو ضمناً – للغير وهو ما يقتضى من الوكيل المسخر أن يعمل شخصياً باسمه مع الغير المتعاقد معه وكأنه الطرف الأصلى والمستفيد من التعاقد وأن نمته المالية تتأثر بثمار العقد، ومعنى ذلك أن يكون الوكيل المسخر قد صدرت له الوكالة بأن يعمل باسمه الشخصى مع الغير فى إبرام التصرف القانونى أى أن ينص الموكل فى عقد الوكالة المستترة على أن الوكيل قد التزم بأن يعمل شخصياً بإسمه مع الغير دون أن يظهر شخصية الموكل، وهذه الخاصية هى التى تميز الوكيل المسخر عن الوكيل العادى الذى يظهر نائباً عن الموكل فى تعاقده مع الغير، بل ويلتزم بالكشف عن صفته وصفه موكله لمن يتعاقد معه وإلا كان لهذا الأخير أن يطلب الإبطال على أساس الغلط فى الصفة[1].

وقد تدفع الظروف العملية بعض الأشخاص إلى إخفاء أسمائهم عند التعاقد مع الأغيار لسبب أو لآخر ولتحقيق ذلك يوسطون غيرهم فى إبرام التصرفات القانونية بدلاً منهم، وفى هذ الحالة يعمل الوسيط باسمه الشخصى لا باسم من وسطه، ومن يرغب فى التعاقد فى مثل هذه الظروف يلجأ إلى تسخير غيره فى أبرام التصرف القانونى المطلوب ولذلك يسمى بالوكيل المسخر.

وليس هناك ما يمنع أن يكون عقد التسخير غير قاصر على عملية واحدة بل من الممكن أن يشمل عدة عمليات مستمرة، ويصبح الوكيل المسخر مستمراً وصاحبة ذا وظيفة دائمة فى هذا الأمر يختفى وراءه المتعاقد الحقيقى المستفيد من التعاقد، وقد يعهد الشخص إلى الوكيل المسخر بوظيفة دائمة لدية. فمثلاً قد يرغب شخص فى أن لا يعلم أحد شيئاً عن أمواله التى يملكها سواء أراد تهريبها من

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ محمد زكى عبد المتعال – البحث السابق – صـ١١.

ملاحقة الدائنين أو لأى غرض آخر، فيتصرف فى الظاهر فى هذه الأموال بأحـد عقود التصرفات لصالح آخر يستخدمه هو اسماً مستعاراً أو مسخراً له بحيث يظهر الاسم المستعار أو الوكيل المسخر أمام الناس أنه المالك الحقيقى لهذه الأموال فـى حين أن الحقيقة خلاف لذلك[١].

والأصل أن عقد التسخير يكون عقداً مـستتراً دائمـاً، فالوكيـل المـسخر يتصرف فى علاقته مع الغير دون أن يكشف الشخص المختفى وراءه، ومع ذلـك فقد تكون هذه العلاقة ظاهرة فى بعض الأحيان ويعلم بها المتعامـل معـه دون أن يتغير دور الشخصية المستعارة ولا تتغير نتائج تصرفاتها[٢] وبناء عليه فالأصل فى عقد التسخير أنه عقد مشروع سليم طالما أنه مستخدم فى عمل مشروع، وتـسخير الوكيل المسخر عمل مشروع طالما أنه لا يخفى غشاً فى القانون ولا غـشاً فيمـا يتعلق بحقوق الغير.

١) راجع فى ذلك: دكتور/ محمد زكى عبد المتعال – البحث السابق صـ١١.
2) Planiol: Traite De Droit Civil – T.2.1926, P. 755.

الفرع الثالث

تصرف الوكيل المسخر مع الغير يتم لحساب ومصلحة الموكل

لما كان الوكيل المسخر يتعامل مع الغير باسمه الشخصي دون أن يكشف عن شخصية موكلة تنفيذاً لعقد الوكالة المستترة الذى عقداه معاً فينصرف أثر التعاقد من حقوق والتزامات إلى الوكيل المسخر، فإن هذه الوكالة تقتضى نقل آثار التصرف القانونى من الوكيل المسخر إلى الموكل المُسخِر فتنتقل الحقوق والالتزامات من الأول إلى الثانى ويعتبر الوكيل المسخر هو وحدة الطرف فى العقد الذى يبرمه مع الغير وكل ما ترتبه الوكالة فى هذه الحالة هو مجرد التزام الوكيل فى علاقته بالموكل بنقل آثار التصرف القانونى إلى هذا الأخير وإلا اعتبر مخلاً بالتزاماته كوكيل، وترتيباً على ذلك فالغير الذى تعاقد مع الوكيل المسخر لا يرتبط إلا بهذا الأخير وحدة فإلى هذا الأخير وحدة تنصرف آثار العقد من حقوق والتزامات وذلك دون إخلال بالآثار التى يرتبها عقد الوكالة فى علاقة الوكيل المسخر بالموكل المُسخِر، وما دامت آثار العقد الذى يجريه الوكيل المسخر تنصرف إليه هو فى علاقته بالغير المتعاقد دون الاعتراف للوكالة التى تربط الوكيل المسخر بالموكل المُسخِر بأية آثار فى نطاق هذه العلاقة فإن الوكيل المسخر يظل ملتزماً بهذه الآثار حتى ولو كان قد تجاوز حدود وكالته، لذلك فإن عجز الوكيل المسخر عن الوفاء بالتزاماته قبل الغير المتعاقد معه فإن للغير المتعاقد أن يرجع فى هذه الحالة على الوكيل المسخر بالتعويض طبقاً للقواعد العامة، أما الوكيل المسخر فلا يملك من جانبه إلزام الموكل المُسخِر بشئ وذلك فى حدود القدر من الالتزامات الذى ترتب على تجاوزه حدود الوكالة، فالعلاقة بينه وبين الموكل المُسخِر تحكمها أصلاً ما ورد بسند الوكالة.

ويتضح من ذلك أن مسألة تجاوز الوكيل لحدود وكالته ليس لها فى مجال الوكالة النيابية أو وكالة التسخير مالها من أهمية فى الوكالة بالعمولة، فالوكيل المسخر يلتزم فى علاقته بالغير المتعاقد معه بكل آثار العقد الذى أجراه متجاوزاً حدود وكالته بينما لا يلتزم الوكيل النائب بشيء نظراً لأنه يتعاقد بصفته نائباً أى

لحساب الموكل أما الأصيل أو الموكل فلا يلتزم بدوره بشيء أيضاً ما لم يقر العقد الذى أجراه الوكيل النائب متجاوزاً حدود وكالته(١).

ومن خصائص الوكالة بالتسخير أنها تنشئ علاقات قانونية بين كل من الأصيل والوكيل المسخر والأصيل والغير. فأما العلاقة بين الأصيل والوكيل المسخر فهى علاقة وكيل بموكل، إذ إن الوكيل المسخر هو وكيل كسائر الوكلاء، ولذلك تطبق أحكام الوكالة العادية فى العلاقة بين الوكيل المسخر والأصيل، وهو ما استقر عليه الفقه والقضاء. وفى هذا يقول Guward «إن العلاقة بين الموكل والوكيل فى الوكالة المعروفة بالاسم المستعار تصبح وكالة عادية ويترتب عليها جميع آثارها من حيث التزامات كل من الوكيل والموكل، ومن ثم فإن للوكيل الحق فى رفع دعوى ضد موكله يطالبه فيها برد ما أنفقة فى تنفيذ الوكالة وكذلك فى مطالبته بأجره المتفق عليه كذلك للموكل أن يلزم الوكيل بالتنازل له عن الحقوق التى كسبها لنفسه فى العقود التى أبرمها باسمه لحساب موكله»(٢).

أى أن علاقة الوكيل المذكور - الوكيل المسخر - مع من أجرى العمل على ذمته - الموكل المُسخِر - تكون علاقة وكيل بموكل وتطبق عليها قواعد الوكالة، وتكون حقوقه والتزاماته هى نفس الحقوق والالتزامات التى تكون له لو أظهر صفته الحقيقية لمن تعامل معهم(٣).

وفى هذا المعنى أيضاً تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى الجديد فى باب الوكالة بأنه «ولا يختلف الاسم المستعار عن سائر الوكلاء فى علاقته مع الموكل ولذلك لم يخصص المشروع له مكاناً فى عقد الوكالة، وإنما يتميز بأحكام خاصة فى علاقته مع الغير، وهذا مكانه فى النيابة بوجه عام حيث أوجد له المشروع نصاً خاصاً به وقد أحيل فى الوكالة على هذا النص»(٤).

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ محمد كامل مرسى - شرح القانون المدنى الجديد - العقود المسماه جـ١ طبعة ١٩٥٢م□ بند ٢٥٠.

2) Guward: le contrat de la procuration, alinéa, 21.

٣) راجع فى ذلك: دكتور/ محمد كامل مرسى - شرح القانون المدنى الجديد - العقود المسماه- جـ١ - طبعة ١٩٥٢□ - بند ٢٥٠.

٤) مجموعة الأعمال التحضيرية - الجزء الخامس - صـ١٨٥.

وفى ذلك قضت محكمة النقض[1] فى أحد الطعون الذى طرح أمامها بأن «من يعير اسمه ليس إلا وكيلاً عمن أعاره وحكمه هو حكم كل وكيل من حيث ما يجب عليه من رعاية حق موكله وضبطه من حيث مسئوليته إذا أخل بالتزامه وغصب هذا الحق أو افتأت عليه ولا فارق بينه وبين الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة فيبدو الشأن شأنه فى الظاهر مع كونه شأن الموكل فى الواقع مما يقتضى أن تعتبر الصفقة فيما بين الموكل والوكيل قد تمت لمصلحة الموكل ولحسابه فيكسب كل ما ينشأ عن التعاقد من حقوق ولا يكتسب الوكيل هذه الحقوق شيئاً ولا يكون له أن يتحيل بأية وسيلة للاستئثار بالصفقة دونه».

وأما عن الآثار المترتبة على العلاقة التعاقدية التى تتم من خلال الوكالة بالتسخير فقد اختلف الفقه عما إذا كانت الوكالة بالتسخير وكالة نيابية أم لا وبالتالى اختلفوا فى مدى تطبيق أحكام النيابة فى التعاقد على الآثار الناشئة عن العقد الذى يتم من خلال فكرة الوكالة بالتسخير وذلك على النحو التالى:

أولاً: الاتجاه القائل بأن الوكالة بالتسخير ليست وكالة نيابية:

ذهب أنصار هذا الاتجاه بأنه بالنسبة للعلاقة بين الأصيل والغير فإن الوكيل المسخر فى علاقته بالغير يعتبر صاحب الحق ورب العمل دائناً أو مديناً، وأن للغير ضده دعوى مباشرة كما أن للوكيل المسخر ضد الغير دعوى مباشرة، غير أن الأصيل ليست بينه وبين الغير أى دعوى مباشرة كما أنه ليس للأصيل أى دعوى مباشرة ضد الغير، إذ إنه – أى الأصيل – يعتبر أجنبياً عن العقد الذى أبرمه الوكيل المسخر مع الغير وهذا هو ما استقر عليه الفقه[2] والقضاء[3]، ونص عليه كل من القانونين المدنيين الإيطالى والأسبانى صراحة، إذ نصت المادة ١٧٤٤ من

---

١) راجع فى ذلك: نقض مدنى – الطعن رقم ١٢٨٣ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/٦/١٦، الطعن رقم ٤٨٦٤ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٥/٣/١٣.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ حسام الدين الأهوانى–النظرية العامة للالتزامات–مصادر الالتزام–الطبعة الثانية ١٩٩٥□ صـ١٠٥ وما بعدها، دكتور/ حمدى عبد الرحمن–مصادر الالتزام ١٩٩٤□ صـ١٩٨ وما بعدها، دكتور/ عبد الحى حجازى- النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – العقد والإرادة المنفردة – جـ١ ١٩٥٨□ صـ٦٢٤ ومابعدها، دكتور/ عبد الفتاح عبد الباقى – نظرية العقد والإرادة المنفردة – دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامى ١٩٨٤□ صـ١٢٢، ١٢٣.

٣) راجع فى ذلك: نقض مدنى – الطعن رقم ٨٣٥٧ لسنة ٦٥ق جلسة ٢٠٠٢/٦/١٠م.

القانون المدنى الإيطالى على ما يأتى حرفياً «إذا كان الوكيل يعمل باسمه فليس للموكل دعوى ضد هؤلاء الذين يتعامل معهم الوكيل كما أنه ليس لهؤلاء الآخرين دعوى ضد الموكل».

ونصت المادة ١٧١٧ من القانون المدنى الأسبانى أيضاً على ما يأتى «إذا عمل الوكيل باسمه فليس للموكل دعوى ضد الأشخاص الذين يتعاقد معهم الوكيل كما أنه ليس لهؤلاء الأشخاص دعوى ضد الموكل»[1]. ولا يوجد ارتباط حتمى بين الوكالة والنيابة نظراً لأن هذه ليست فى جوهر تلك، إذ بينما تعتبر الوكالة عقداً يلزم الوكيل بإجراء تصرف لحساب الموكل، فإن النيابة لا تعدو فى الواقع كونها الأسلوب أو الأداة القانونية التى يتم بها ذلك التصرف، وقد يلجأ الوكيل إلى هذا الأسلوب أو هذه الأداة فتكون الوكالة نيابية، وقد لا يفعل ذلك فتكون الوكالة غير نيابية[2] ولعل أبرز النتائج التى تترتب على هذا التمييز بين نوعى الوكالة أنه بينما تنصرف آثار التصرف مباشرة إلى ذمة الموكل فى حالة الوكالة النيابية، وهذه هى النتيجة الطبيعية لإعمال أحكام النيابة فإن هذه الآثار لا تنصب مباشرة فى ذمة الموكل فى حالة الوكالة غير النيابية، وإنما تتلقاها أولاً ذمة الوكيل وهذا هو مظهر انعدام النيابة ليلتزم بعد ذلك بنقلها إلى ذمة الموكل وهذا هو مظهر الوكالة.

وهذه النتيجة التى تشكل المنطلق إلى تحديد المركز القانونى للوكيل المسخر فقد سبق القول أن وكالته وكالة غير نيابية نظراً لأنه يتعاقد باسمه الشخصى لا باسم موكله، ومادام الأمر كذلك فإن غاية ما يترتب على هذه الوكالة أن الغير الذى تعاقد مع الوكيل المسخر لا يرتبط إلا بهذا الأخير وحده، فإلى هذا الأخير وحدة تنصرف حقوق العقد والتزاماته، وذلك دون الإخلال بالآثار التى يرتبها عقد الوكالة فى علاقة الوكيل المسخر بالموكل.

ثانياً: الاتجاه القائل بأن الوكالة بالتسخير وكالة نيابية:

الحكم الوارد بنص المادة ١٧١٧ مدنى أسبانى يختلف عن الحكم الوارد

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ أحمد مرزوق - الرسالة السابقة - صـ٢٣٨.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الباسط جميعى - الوكالة الظاهرة- مقال بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة ٥ العدد الثانى(*) صـ٢٧٤، دكتور/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط - جـ٧ - المجلد الأول (سابق الإشارة إليه) هامش صـ٤٥٧ وهامش ٣ صـ٥٧٦.

بنص المادة ١٠٦ من القانون المدنى المصرى، وهذا أمر بدهى ومنطقى لأن التشريع الأسبانى يأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة أى التعبير عن الإرادة، وبذلك يستوجب على المتعاقد الذى يبغى أبرام عقد مع الغير أن يعبر عن إرادته من خلال معطيات التعبير الصادرة عنه وذلك حتى يستطيع الغير الوقوف على حقيقة صفته الحقيقية فى التعاقد، وعما إذا كان يتعاقد لحسابه الشخصى أم لحساب شخص آخر محدد، وذلك عن طريق الإفصاح عن الصفة الحقيقية فى التعاقد سواء تم ذلك صراحة أو ضمناً أى أن يوضح ويفصح الشخص الذى يبغى التعاقد مع شخص آخر عن حقيقة صفته فى التعاقد، وعما إذا كانَ يتعاقد لحسابه الخاص أو يتعاقد نيابة عن شخص محدد، والغرض من التزام المتعاقد بضرورة الإفصاح عن صفته الحقيقية فى التعاقد وبيان عما إذا كان يتعاقد لمصلحته الشخصية أو لمصلحة شخص آخر محدد، هو إتاحة الفرصة للغير الذى يبغى المشاركة معه فى أبرام العقد للتعرف على الشخص الذى سيكون طرفاً فى هذا العقد، وفى ضوء ذلك يكون له مطلق الحرية فى قبول أو رفض التعاقد إعمالاً لرخصة القبول أو الرفض والتى تستند إلى مبدأ حرية المتعاقد المنبثق من مبدأ سلطان الإرادة، وذلك على ضوء الاعتبارات التى يعول عليها[١] والتى من بينها المركز المالى كضعف مركزه المالى أو مماطلته فى الوفاء بديونه، والعوامل النفسية مثل وجود خلافات شخصية أو عائلية يترتب عليها تكوين عامل نفسى يحول دون التعامل، والعوامل الدينية كما إذا أرادت جمعية إسلامية بناء مسجد لها فلا يتصور أن تقوم بإسناد هذه المهمة إلى مقاول ينتمى إلى ديانه أخرى، والعوامل العائلية كوجود خلافات عائلية بين أفراد الأسرة أو بين الزوج وزوجته تحول دون قيام الرابطة العقدية، وغير ذلك من الاعتبارات المستمدة من فكرة الجنسية مثل إحجام بعض التجار عن التعامل مع أشخاص ينتمون إلى جنسية أجنبية وذلك خشية المعاناة فى الحصول على حقوقهم، والناتجة عن آثار العمليات الحربية مثل إحجام بعض الشركات التى تنتمى إلى دول متحاربة عن التعامل مع دول أخرى متحاربة معها، والتى تحول هذه الاعتبارات فى بعض الأحيان دون تكوين الروابط العقدية[٢].

---

١) راجع فى ذلك دكتور/ سمير إسماعيل – الرسالة السابقة صـ١٦٧.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – ضوابط وحدود المظهر الجديد للرابطة العقدية=

في حين يأخذ التشريع المصرى بنظريـــة الإرادة الباطنـــة[١] أى بالقـــصد، وبذلك لا يكتفى بالتعبير عن الإرادة ولكن بضرورة الوقوف على محتوى القـــصد، لأن قصد المتعاقدين هو الذى يخلق الالتزام ويحدد مداه وما التعبير عن الإرادة إلا مجرد أداة أو دليل على وجود القصد، ومن ثم لا يعتد بالتعبير عن الإرادة إلا بالقدر اللازم للإفصاح عن محتوى القصد، وبذلك فإن الإرادة المشتركة للمتعاقدين تتكون من تطابق القصدين وليس التعبيرين ومن ثم فإن الرابطة العقديـــة لا تنـــشأ إلا إذا تطابقت معطيات التعبير مع محتوى القصد.

والقصد من الأمور النفسية الداخلية التى لا يستطيع الغير الإطـــلاع عليهـــا لأنها كامنة فى النفس البشرية وبذلك فهى تكون ملكاً لصاحبه، وحتى يمكن الوقوف على كينونه هذا القصد ومحتواه لابد من أداه تخرجه من داخل النفس البشرية، وما هذه الأداة إلا مظاهر التعبير التى تأخذ أشكال متعددة ومعانى متعددة بالتالى، فقـــد يتضمن محتوى القصد واقعة التعبير فى حد ذاتها وقد يتضمن محتواه إنتـــاج أثـــر قانونى من هذا التعبير، وقد يتضمن القصد الدعوة إلى التفاوض أو التعاقد أو إلـــى إنشاء التزام أو يشتمل محتواه على الأثر الاقتصادى والقانونى وقد يقتـــصر علـــى أحدهما فقط[٢].

ولكن Dimant et Samtir[٣] يخالفان الرأى القائل بأن الأصيل يعتبر أجنبيـــاً عن العقد الذى أبرمه الوكيل المسخر مع الغير والذى استقر عليه الفقه والقـــضاء[٤] ونص عليه كل من القانونيين المدنيين الإيطالي والأسبانى صراحة، ويستندان فـــى رأيهما إلى ما قاله Poteau فى هذا الشأن، إذ يقول هذا الأخير «إن الوكيل فى حالة التعاقد مع الغير باسمه لحساب الموكل يعتبر مديناً أصلياً، وفى الوقت نفسه يلـــزم الموكل معه بطريق التبعية ومن هذا الالتزام التبعى تنشأ الدعوى المباشرة التى من شأنها يستطيع الغير الذى تعامل معه الوكيل باسمه لحساب الموكل أن يرجع مباشرة على الموكل»[٥].

=فى القانون المدنى الكويتى - بحث منشور فى مجلة المحامى الكويتية - السنة التاسعة عـــشر - إعداد يناير وفبراير ومارس ١٩٩٦م صـــ١٠٠.

١) لأن التشريع المصرى ينتمى إلى الأسرة اللاتينية التى تأخذ بنظرية الإرادة الباطنة.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد - البحث السابق صـــ٣٥.

3) Dimant et Santir, T. 8, N. 217.

٤) راجع فى ذلك: هامش ٢، ٣ من صـــ ٥٢ من الرسالة.

5) Poteau: la plocuration, N. 88.

ويقول Dimant et santir أيضاً إن هذا الحل هو ما جرى عليه العمل منذ أمد يرجع إلى عهد الرومان، فضلاً عن أن هذا الحل هو فى مصلحة الوكيل فى الوقت نفسه، إذ من شأنه أن يقتصر الطريق ويبسط الإجراءات، وذلك برجوع الغير مباشرة على الموكل ولكننا نرى مع الأستاذ بوتييه أن هذا السبب التاريخى الذى يستند إليه الفقيهان ديمانت وكولمبه دى سانتير فى تأييد رأيهما لهو دليل ضدهما، ذلك لأن القانون الرومانى ما كان ليقر أى علاقة قانونية تنشأ مباشرة بين أشخاص لم يكونوا أطرافاً فى العقد وأن فكرة النيابة فى التعاقد لم تكن معروفة فى القانون الرومانى حيث لم يكن القانون الرومانى يقر مبدأ أن يستفيد الشخص من تصرفات غيره عن طريق التعاقد بدلاً منه حيث كان سائداً مبدأ لا نيابة فى التعاقد، بل كانت الوكالة فيه تشبه الوكالة المعروفة الآن بالوكالة بالتسخير أو بالاسم المستعار بالنسبة للآثار القانونية التى تتولد عنها. ولكن الضرورات العملية وخصوصاً ما تعلق منها بالتجارة وسرعة التداول هى التى دعت البريتور الرومانى أن يلطف من حدة هذه الوكالة والإجراءات الطويلة المترتبة عليها فمنح الغير الدعاوى المسماة بالدعاوى المفيدة وهى فى الواقع طريق نحو فكرة النيابة يستطيع بها هذا الغير أن يرجع مباشرة على الموكل، هذه الدعاوى هى نفسها التى سماها بوتييه بالدعاوى المباشرة نقلاً عن الفقيه بول والتى استند إليها بوتييه فى تأييد رأيه(١).

ولكن فى القانون المدنى المصرى حيث وجدت فكرة النيابة فى التعاقد والتى قامت عليها أحكام الوكالة العادية، لم يكن هناك من ضرورة عملية تدفعنا إلى أن نقتبس النظام الذى أدخله البريتور الرومانى بمنح الغير الدعاوى المفيدة ضد الموكل مباشرة، لتخفف من قسوة نظام الوكالة المعروفة فى القانون الرومانى القديم وخاصة فيما يتعلق بآثارها بالنسبة للوكيل، إذ إن قانوننا المدنى الحالى أباح الوكالة النيابية وما يترتب عليها من آثارها القانونية النافعة لمن يريدون أن يستعملوها، ولكن إذا لجأوا إلى الوكالة المعروفة بالوكالة بالتسخير بالرغم من ذلك، فيجب أن يتحملوا كل الآثار القانونية المترتبة فى هذا الصدد ومنها عدم وجود علاقة مباشرة بين الموكل والغير – ومن ثم فإنه لا يجوز قانوناً للغير أن يرجع ضد الموكل

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/عبد المنعم البدراوى – القانون الرومانى – مطبعة دار الكتاب العربى – القاهرة ١٩٥٢ صـ٥٤٨.

بالدعوى المباشرة إلا إذا كان هناك نص فى القانون يجيز ذلك وهو ما أخذت بـه التشريعات الأجنبية صراحة كالقانون الإيطالى والقانون الأسبانى، حيث نصت بصريح العبارة أن الغير الذى يتعاقد معه الوكيل المسخر باسمه لحساب الموكل ليس له حق الرجوع مباشرة ضد هذا الموكل كما سبق أن بينا.

إلا إنه ليس معنى ذلك أن الأصيل لا يستطيع أن يرجع على الغير كما أن هذا الأخير لا يستطيع كذلك أن يرجع على الأصيل، لأن القول بهذا معناه أننا ننكر أن الوكيل المسخر هو وكيل عن الأصيل، ولكن يستطيع الأصيل أن يرجع على الغير بموجب أحكام الدعوى غير المباشرة لأنه طالما أن الأصيل هو دائن للوكيل المسخر فله إذن أن يستعمل باسمه حقوقه ودعاويه إعمالاً لأحكام المادة ٢٣٦ مدنى وخاصة الدعاوى التى اكتسبها الوكيل المسخر ضد الغير نتيجة تنفيذ عقد الوكالة، كما أن للغير أن يرجع على الأصيل وذلك بموجب الدعوى غير المباشرة حيث يكون من حق الغير أن يستعمل الدعوى غير المباشرة التى للوكيل المسخر ضد الأصيل، وذلك طبقاً لأحكام المادة ٢٣٦ مدنى، كما يكون للغير أن يستعمل الدعوى المباشرة ضد الأصيل فى حالة ما إذا قبل الوكيل المسخر تحويل حقوقه ودعاويه قبل الأصيل إلى الغير.

ويرى جانب من الفقه(١) أن الوكالة بالتسخير وكالة نيابية وأسس رأية على ذلك بأن المشرع المصرى فى المادة ٦٩٩ من القانون المدنى عرف الوكالة بأنها «الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل». ويستفاد من سياق هذا النص أن المشرع لم يفرق عندما نظم الوكالة العادية بين الوكالة المكشوفة والمستترة كما فعلت بعض التشريعات الأخرى، بل جاء التنظيم عاماً الأمر الذى يستوجب صرف حكمه إلى نوعى الوكالة العادية المكشوفة والمستترة، وعندما تناول المشرع الآثار المترتبة على العقد الذى يتم من خلال الوكالة العادية، أحال بمقتضى نص المادة ٧١٣ مدنى إلى نصوص المادتين ١٠٥، ١٠٦ مدنى وجاءت احالته عامة مما يتعين صرفها إلى الوكالة العادية المكشوفة والمستترة على حد سواء، وباستعراض نصوص المادتين ١٠٥، ١٠٦ مدنى نجد أن

---

١) راجع فى توضيح ذلك بالتفصيل: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد - المرجع السابق صـ١٢٢، ١٢٣.

عبارتهما جاءت بدورها عامة مطلقة ولاشك أن الوكالة بالتسخير تعتبر إحدى صور الوكالة المستترة، مما يستوجب خضوع آثار العلاقات التعاقدية التى تتم من خلالها لأحكام نص المادة ١٠٦مدنى ونحن نؤيد الاتجاه القائل بأن الوكالة بالتسخير وكالة نيابية.

والوكالة بالتسخير وكالة نيابية ذلك لأن الوكيل المسخر يتلقى وكالتـــه مـــن الموكل قبل القيام بإبرام التصرف المطلوب إبرامه وليس بعد ذلك، وأنها نيابية لأن الوكيل المسخر عندما يتعاقد مع الغير فإنه يتعاقد بإسمه الشخصى كما لو كان هــو الطرف الحقيقي في التعاقد وإن ذمته المالية سوف تتأثر بآثار العقد سواء الإيجابية منها أو السلبية وهذا يتفق مع المفهوم الفنى للنيابة فى التعاقد.

ولتوضيح العلاقة بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر، ومدى إمكانيـــة رجوع كل منهما على الآخر رغم كون الأصيل لم يكن طرفاً فى العلاقة التعاقديـــة التى تمت بين كل من الوكيل المسخر والمتعاقد معه يجب أن نحدد مدلول الطـــرف فى العلاقة التعاقدية بمعناه الشكلي ومدلوله بمعناه الموضوعى.

والطرف بالمفهوم الشكلي فى العلاقة التعاقدية معناه هو كل من شارك بإرادته فى إبرام التصرف القانونى، أى هو كل شخص اشترك بنفسه فى إبرام عقد مع آخر بغرض إنتاج آثار اقتصادية معينة يبغى الحصول عليها من وراء هذا التعاقد.

والأصل فى التعاقد هو أن يشارك الشخص بإرادته الذاتية فى إبرام علاقـــة تعاقدية مع أحد من الأغيار، والخروج على هذا الأصل أن يقوم الـــشخص بـــإبرام تصرف قانونى عن طريق شخص آخر يقوم مقامه فى ذلك وهذا هو التعاقد بطريق النيابية.

ولما كان الفقه[1] يعطى لمدلول الطرف التعاقدى معنيين. أحـــدهما شـــكلى بمعنى الذى يساهم بإرادته فى إبرام العقد، والآخر مادى أو موضوعى بمعنى الذى يكتسب ويتحمل ما تنتجه العلاقة التعاقدية من حقوق والتزامـــات، بحيـــث يجتمـــع المعنيين حال إبرام المتعاقد للعقد بذاته وهذا هو الأصل فى التعاقد غير أنه إذا تـــم التعاقد بطريق النيابة كان هناك انفصام بين مفهوم الطرف التعاقدى بمعناه الـــشكلى

---

١) راجع فى ذلك دكتور/ عبد الحي حجازى - النظرية العامة للالتزام جـ١ عام ١٩٦٢ صـ٦٠٢، ٦٠٣.

ومفهومه بمعناه الموضوعى أو المادى، وبذلك يكتسب النائب صفة الطرف التعاقدى بمعناه الشكلى لأنه يساهم بإرادته هو فى إبرام العقد فى حين يكتسب الأصيل صفة الطرف التعاقدى بمعناه المادى لأنه تتصرف فى ذمته آثار العقد من حقوق والتزامات، والوكالة كما تكون ظاهرة سافرة – وهو الأصل بحسب المجرى المعتاد للأمور – فإنها قد تكون خفية مستترة، والحد الفاصل الذى يميز بينهما – هو الذى يميز بالتالى بين مجالى تطبيق نص المادتين ١٠٥ الخاصة بالنيابة الظاهرة و١٠٦ مدنى الخاصة بالنيابة المستترة – يتمثل فى أن النيابة الظاهرة يكون أحد عناصرها بل وأهم عنصر فيها هو ما يسميه الفقه[١] «العنصر الشخصى للنيابة» والذى مفاده اتجاه قصد كل من النائب والمتعاقد معه وتوافر النية المشتركة لديهما نحو انصراف آثار التصرف الذى يبرمانه فى ذمة الأصيل، وهو ما يعرف أيضاً بالاعتبار الشخصى فى التعاقد، وهذا العنصر يكون مفتقداً فى حالة النيابة المستترة إذا يكون التعبير عن الإرادة الصادر من النائب لا يتضمن بياناً بصفته الحقيقية فى التعاقد وعما إذا كان يتعاقد لمصلحته الشخصية أو لمصلحة شخص آخر محدد بالرغم من انصراف قصده نحو التعاقد لحساب الأصيل.

ويجدر بنا أن نوضح مفهوم الطرف التعاقدى بمعناه الشكلى والموضوعى

أولاً: الطرف بالمفهوم الشكلى:

إذا لم يقم الأصيل بإبرام العقد بذاته لسبب أو لآخر سواء كان ذلك بسبب ظروفه العملية ومشاغلة الكثيرة التى تحول دون قيامه بذلك بنفسه، أو بعده عن المكان المطلوب إبرام التعاقد فيه، أو وجود مانع قانونى أو أدبى يحول بينه وبين إبرامه التعاقد بنفسه[٢]، فإنه يلجأ من أجل ذلك إلى الاستعانة بوكيل مسخر يسخره فى إبرام العلاقة التعاقدية مع الأغيار، وعندما يقوم الوكيل المسخر بالمشاركة بإرادته فى إبرام العلاقة التعاقدية مع الأغيار فإنه يكتسب صفة الطرف بالمفهوم الشكلى تلك الصفة التى تضفى على المتعاقد الذى يشارك بإرادته مشاركة إيجابية وفعالة فى إبرام العقد[٣].

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الحى حجازى – المرجع السابق – صـ٦٢٨، ٦٢٩.
٢) راجع فى ذلك: دكتور/ محمود جمال الدين زكى – المرجع السابق صـ٨٢٥.
٣) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢٤٩.

ولا شك أن صفة الطرف بالمفهوم الشكلي ترتبط بالمسلك الإيجابي الذي يتخذه الوكيل المسخر لدى إقدامه على إبرام العلاقة التعاقدية، وهذا المسلك يتمثل في المشاركة الفعلية في إبرام العلاقة التعاقدية، وبذلك إذا توافر هذا المسلك من جانب الوكيل المسخر اكتسب بناء عليه هذه الصفة التعاقدية، وعلى سبيل المثال في عقد البيع إذا قام الوكيل المسخر بإبرام عقد البيع لمصلحة الأصيل فإن المطلوب منه هو إجراء التفاوض للوصول إلى الصيغة النهائية لهذا التعاقد وهذا يتطلب بالضرورة الاتفاق على بنود العقد سواء من حيث تحديد ماهية المبيع وتحديد الثمن وطريقة تسليم المبيع ونظام السداد وغير ذلك من بنود العقد، وفي عقد الإيجار يتم الاتفاق على الأجرة القانونية وتحديد العين المؤجرة ومدة الإيجار وطريقة سداد الأجرة وملحقاتها، ففي كل هذه الأمثلة بمجرد أن يقوم الوكيل المسخر بإبرام عقد البيع أو الإيجار أو غيره من العقود فإنه يكتسب صفة الطرف بالمفهوم الشكلي تلك الصفة التي تكتسب بالمشاركة بإرادته في إبرام العلاقة التعاقدية، وبذلك فإن هذه الصفة تضفي عليه بمجرد مشاركته بإرادته في إبرام العقد وبالتالي لا يتوقف اكتسابها على أمر آخر سوى المشاركة الإيجابية والفعالة في إبرام العلاقة التعاقدية، لأن الأصل في التعاقد أن كل من يشارك بإرادته في التعاقد يعتبر طرفاً في العلاقة التعاقدية ولما كان الوكيل المسخر قد شارك في أبرام العلاقة التعاقدية عن طريق حلول إرادته محل إردة الأصيل فلا غرو في انسحاب صفة الطرف بالمفهوم الشكلي عليه، ذلك لأنه حل محل الأصيل في أبرام هذه العلاقة العقدية عن طريق المساهمة بإرادته في أبرام هذه العلاقة ومن هنا اكتسب الوكيل المسخر صفة الطرف بالمفهوم الشكلي وعلى ذلك لا يستطيع المتعاقد مع الوكيل المسخر الرجوع عليه باعتباره طرفاً في العلاقة العقدية إذا ما أخذنا في الاعتبار أن التعاقد تم بطريق الوكالة بالتسخير لأنه ليس طرفاً في الآثار المترتبة على العلاقة العقدية.

ثانياً: الطرف بالمفهوم الموضوعي:

النظام القانوني للوكالة العادية – سواء كانت مدنية أو تجارية – أن يتعاقد الوكيل باسم الموكل وذلك في العقد الذي يشارك في إبرامه مع أحد الأغيار، على أن تنصرف آثاره في ذمة الأصيل مباشرة، سواء الإيجابية منها أو السلبية وبذلك

ينتهي دور الوكيل بمجرد إبرام العقد ويختفي من ساحة التعاقد ويصبح بالتالي أجنبياً عن ثماره، وتنشأ الرابطة العقدية بين المتعاقد مع الوكيل والموكل بحيث يصبح كل منهما الدائن والمدين فى مواجهة الآخر(١).

وفى التعاقد بطريق الوكالة بالتسخير يتعاقد الوكيل المسخر باسمه مع أحد الأغيار على إبرام تصرف قانونى على أن تنصرف آثاره إلى الموكل عن طريق التزام الوكيل المسخر بأن ينقلها إلى ذمة الموكل بناء على عقد الوكالة المبرم بينهما والذى يلزمه بذلك.

وإذا كان التعاقد بطريق التسخير يظهر فيه الأخير أمام الأغيار على أنه يتعاقد لمصلحته وأنه الطرف الحقيقى فى التعاقد وأن ذمته المالية سوف تتأثر بثمار العقد الإيجابية منها والسلبية، إلا أن آثار الرابطة العقدية التى أبرمها الوكيل المسخر لا تدخل فى ذمته المالية بالمرة لأنه وإن كان قد تسلمها على ذمة الأصيل فذلك بصفة مؤقتة إلا أن يتولى نقلها بعد ذلك إلى ذمة الأخير، وعلى ذلك فوجود هذه الآثار فى ذمة الوكيل المسخر تكون على سبيل الأمانة فإذا تصرف فيها بأى وجه من أوجه التصرف سئل عن التصرف فى ملك الغير وإن بددها أو رفض ردها سئل عن جريمة تبديد طبقاً للمادة ٣٤١ عقوبات وخيانة الأمانة طبقاً للمادة ٣٦٦ عقوبات، وبالتالى فإن آثار العلاقة التعاقدية التى أبرمها الوكيل المسخر سوف تنصرف فى ذمة الأصيل فى نهاية المطاف، ومن ثم فإن الأصيل بانصراف آثار العلاقة التعاقدية إلى ذمته المالية يكتسب صفة الطرف بالمفهوم الموضوعى طالما انصبت هذه الآثار فى ذمته المالية، وبذلك يكون الأصيل هو الدائن والمدين فى مواجهة المتعاقد مع الوكيل المسخر، وتوجه إليه المطالبة من جانب الدائن بالالتزام كما يلتزم بسداد الالتزامات الناشئة عن الرابطة العقدية من ذمته المالية، كما يكون له الحق فى الرجوع على المتعاقد مع الوكيل المسخر بالالتزامات الناشئة عن العلاقة التعاقدية. فمثلاً فى عقد البيع الذى يعقده الوكيل المسخر مع أحد الأغيار فإن آثار الرابطة العقدية من حقوق والتزامات تنصرف إلى ذمة الأصيل، حيث يكتسب الأصيل الحقوق المتولدة عن العقد والمتمثلة فى الثمن ويتحمل بالالتزامات الناشئة

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ١٢٠.

عنه والتي تتمثل في تسليم الشيء المبيع إلى المشترى، وفي عقد التوريد الذي يعقده الوكيل المسخر مع أحد الأغيار فإن آثار الرابطة العقدية مـــن حقــوق والتزامـــات تنصرف في ذمة الأصيل، حيث يكتسب الأصيل ملكية الشيء محل التوريد ســـواء أكان سلعة أو غيرها ويتحمل بالالتزامات الناشئة عن هذا العقد والمتمثلة في دفـــع الثمن مقابلاً للشيء موضوع التوريد. ومما لا شك فيه أنه باكتساب الأصيل صـــفة الطرف بالمفهوم الموضوعي في العلاقة العقدية التي يبرمها الوكيل المسخر مع أحد الأغيار، فإنه تنشأ تبعاً لذلك علاقة قانونية مباشرة بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر حيث يستطيع كل منهما الرجوع على الآخر بالالتزامات الناشئة عن العلاقة العقدية.

المطلب الثالث
طبيعة الوكالة بالتسخير

عرض وتقسيم:

عندما يتعاقد الوكيل المسخر مع الأغيار فإنه يتعاقد باسمه الشخصي بحيث يبدو في الظاهر أنه الطرف الأصلي والمتعاقد الحقيقي في التعاقد وأن الشأن شأنه هو وأن ذمته المالية سوف تتأثر بثمار العقد الذي يبرمه، ولكنه في حقيقة الأمر يتعاقد لحساب الموكل وهو ما يسمى بالتعاقد بطريق الوكالة بالتسخير.

فهل التعاقد بطريق التسخير يعتبر نوعاً من أنواع الصورية النسبية التي ترد على الاسم أو أنه ليس كذلك..؟ أو هل يعتبر نوعاً من أنواع الوكالة؟.

فبالرغم من وجود تشابه بين الوكالة بالتسخير والصورية النسبية التي ترد على الاسم من ناحية أن كليهما تنصب على الصفة في التعاقد، ولكن رغم ذلك يوجد تباين بينهما من ناحية التكوين والأحكام الخاصة بكل منهما مما يتعين عدم خضوع العلاقة بين الأصيل والغير المتعاقد مع الوكيل المسخر لأحكام الصورية لما يترتب على ذلك من نتائج سلبية.

وعقد التسخير هو عقد وكالة ولكنها وكالة مستترة، ومن المستقر عليه فقهاً وقضاء أن عقد الوكالة بالتسخير هو عقد وكالة ولكنها وكالة مستترة لأن الوسيط يستعمل كاسم مسخر لموكله، والوكالة مستترة تماماً طالما ظلت في طي الكتمان، إذ لا يوجد ما يشعر الغير أن الوكيل المسخر يعمل لحساب آخر ومتى يبرم الوكيل المسخر تصرفاً قانونياً ما مع أحد الأغيار فإنه يتعامل مع هذا الغير باعتباره وكيلاً مستتراً تلقى وكالته بصدد هذا التصرف قبل إبرامه مع الغير وبمعنى آخر إنه لكي تتوافر للوكيل المسخر صفة الوكالة في إبرام تصرف قانوني ما لابد أن يتلقى هذه الوكالة قبل القيام بالتصرف مع الغير ولذلك فإن الاسم المسخر يسمى أحياناً بالوكيل المسخر أو الوكيل الاسم المسخر تمييزاً له عن الوكيل العادي.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: مدى اعتبار الوكالة بالتسخير إحدى صور الصورية.

الفرع الثاني: مدى اعتبار الوكالة بالتسخير أحد أنواع الوكالة العادية.

الفرع الأول

مدى اعتبار الوكالة بالتسخير إحدى صور الصورية

عرض وتقسيم:

سبق الإشارة إلى أن الوكالة بالتسخير هى عبارة عن عقد بمقتضاه يلتزم أحد الطرفين ويسمى الوكيل بأن يبرم تصرفاً قانونياً مع الأغيار بإسمه الشخصى بحيث يبدو على أنه المتعاقد الأصلى والطرف الحقيقى فى التعاقد وأن ذمته المالية سوف تتأثر بثمار العقد الإيجابية منها أو السلبية ولكن لحساب الطرف الآخر ويسمى الموكل[١] ويعتبر هذا النوع من الاتفاق مشروعاً طالما أنه يستخدم فى أعمال مشروعة، ولقد اعترف المشرع المصرى بالوكالة بالتسخير كأحد الأنظمة القانونية فى التعاقد وذلك بموجب نص المادة ١٠٦ من القانون المدنى عندما قال: «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً...» وأقر التعاقد بطريق الوكالة بالتسخير فى مواضع كثيرة[٢] فقد يرى الموكل أن مصلحته الشخصية تقتضى عدم إظهار صفته العقدية أمام الأغيار فيشترط فى عقد الوكالة العادية أن يتعاقد الوكيل مع الغير بإسمه الشخصى وفى هذه الحالة تسمى الوكالة بعقد التسخير، ولقد اختلف الفقه والقضاء حول ما إذا كانت الوكالة بالتسخير إحدى صور الصورية النسبية التى ترد على الاسم أم أنها ليست كذلك ولتوضيح ذلك نقسم هذا الفرع إلى ثلاث غصون:

الغصن الأول: الاتجاه القائل بأن الوكالة بالتسخير هى إحدى صور الصورية النسبية التى ترد على الاسم.

الغصن الثانى: الاتجاه القائل بأن الوكالة بالتسخير ليست إحدى صور الصورية النسبية التى ترد على الاسم.

الغصن الثالث: رأى الباحث فى هذه المسألة.

---

١) راجع فى ذلك: صـ٣١ من الرسالة.

٢) راجع فى ذلك: صـ٣٩ من الرسالة.

الغصن الأول

الاتجاه القائل بأن الوكالة بالتسخير هى إحدى صور الصورية النسبية التى ترد على الاسم

الصورية هى إخفاء المتعاقدين حقيقة ما اتفقا عليه لسبب قام عندهما، والصورية بالتسخير هى إحدى صور الصورية النسبية، ولها تسمية أخرى هى الصورية بطريق استعارة الاسم ولكليهما ذات الدلالة والمفهوم القانونى. فعندما نقول الصورية بالتسخير فإننا نعنى الصورية عن طريق تسخير - أى تطويع - اسم مستعار وهو نفس المعنى الذى تعنيه التسمية الثانية، وما يميز الصورية بالتسخير أو الصورية من خلال استعارة الاسم عن باقى صور الصورية هو أنها تتناول الصفة التعاقدية لشخص أحد المتعاقدين(١).

ولقد ذهب جانب من الفقه والقضاء(٢) بصدد بيان طبيعة العلاقة بين الموكل والمتعاقد مع الوكيل المسخر إلى خضوعها لأحكام الصورية النسبية على اعتبار أن الوكالة بالتسخير هى من قبيل الصورية بالتسخير وعلى ذلك ذهبوا إلى تخويل المتعاقد مع الوكيل المسخر الحق فى الخيرة بين العقدين الحقيقى والصورى، فيكون بإمكانه الرجوع على الموكل مباشرة عن طريق تمسكه بالعقد الحقيقى أو الرجوع على الوكيل تمسكاً بالعقد الصورى، وذلك وفق ما تقتضيه مصلحته الشخصية، إذ الفرض أنه حسن النية لا يعلم - حقيقة أو حكماً - بوكالة المسخر عن الأصيل المستتر، وعلى اعتبار العقد الحقيقى هو ما بين الموكل والوكيل المسخر أى عقد الوكالة، بالتسخير وأن العقد الصورى هو ما بين الوكيل المسخر والمتعاقد معه.

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى ج٧ المجلد الأول* □ صـ٨٠١.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ حمدى عبد الرحمن- المرجع السابق صـ١٧٠، دكتور/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - جـ٧ - المجلد الأول * □ صـ٨٠٥ وما بعدها، دكتور/محسن عبد الحميد إبراهيم البيه - المرجع السابق صـ١٩٠، دكتور/ محمد لبيب شنب ودكتور/ حسن أبو النجا - إثبات وأحكام الالتزام ١٩٩٤□ صـ٤٠٦-٤٠٩، ومن أحكام القضاء، نقض مدنى: الطعن رقم ١١٥٥ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٩/٥/٣١، الطعنان رقما ٢٤٣٧، ٢٤٦٦ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٣/٥/٣، الطعن رقم ٨١٣٧ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠٢/٥/٢٨ (حكم غير منشور).

وفى ذلك يقول الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى[١] «... والتسخير لغرض مشروع صحيح لأنه ضرب من ضروب الصورية...».

كما يقول الأستاذ الدكتور حمدى عبد الرحمن[٢] «.... فإن النائب يتعامل باسمه الشخصى ولكنه فى حقيقة الأمر يتعامل لحساب الغير وهى حالة تسخير الاسم أو الاسم المستعار وهو نوع من الصورية النسبية ترد على الاسم وتستهدف إخفاء شخصية المتعاقد الحقيقى لسبب أو لآخر وعادة لا تقوم الوكالة سراً بين الأصيل وبين صاحب الاسم المسخر، والحكم فى هذا الفرض أنه لا توجد نيابة إذ يضاف أثر التصرف إلى ذمة صاحب الاسم المسخر دائناً كان أو مديناً، ثم يقوم بدوره بنقل الحقوق والالتزامات إلى صاحب المصلحة الحقيقى» ويقول الأستاذ الدكتور أكثم الخولى «ومهما كان حظ النيابة الناقصة من الابتكار والنجاح فى فرنسا فلا محل للأخذ بها فى مصر نظراً لوجود نص المادة ٨٢ تجارى الذى لا نظير له فى التقنين الفرنسى، ولأن التقنين المدنى قد نظم حالة تعاقد النائب باسمه الشخصى بنص صريح هو نص المادة ١٠٦ مدنى الذى يجب إعماله والذى يضع حكماً مخالفاً للأحكام التى تؤدى إليها نظرية النيابة الناقصة، وطبقاً لهذا النص - الذى لا يطبق إلا عند انعدام العرف التجارى - لا يضاف أثر العقد إلى الأصيل دائناً أو مديناً إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب ويقصد بالعلم بوجود النيابة هنا العلم بشخص الأصيل أيضاً ولما كانت المادة ١٠٦ مجرد تطبيق لقواعد الصورية التى ترد هنا على شخص المتعاقد - وكانت الوكالة بالعمولة من جهة أخرى الصورة المثلى الوكالة غير النيابية التى تقوم على التوسيط الصورى للغير فإن الروابط بين الموكل والغير لا يمكن أن تنشأ إلا فى الحدود التى تسمح بها قواعد الصورية»[٣].

---

١) الوسيط - جـ٧ - المجلد الأول - الطبعة الثانية صـ٨٠٥.
٢) مصادر الالتزام - نظرية العقد ١٩٩٤ صـ١٧٠.
٣) راجع فى ذلك: العقود التجارية ١٩٥٧ - مطبعة نهضة مصر - صـ١٨١ وما بعدها.

كما يقول الأستاذ الدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل «.... إذا تم إخفاء شخصية أحد المتعاقدين تحت اسم شخص آخر بعلم المتعاقد الآخر، أى تم الإخفاء بالنسبة للغير فقط فتكون بصدد صورية بطريق التسخير....»[1].

كما ذهب رأى[2] إلى اعتبار الوكالة بالتسخير من قبيل الصورية النسبية شأنها فى ذلك شأن الصورية بالتسخير. ويذهب أنصار هذا الرأى إلى أن صاحب الاسم المستعار يساهم بإرادته فى إبرام العقد الذى يبرمه مع الغير أى أنه يشارك مشاركة إيجابية وفعالة فى إبرام العقد مع الأغيار، وليس مجرد أداة تستخدم فى تكوين العقد وأن مهمته تقتصر على التوقيع على العقد وهى عملية مادية بحته وأن المستعير للاسم ليس له أى دور فى عملية تكوين العقد ولكن الدور الرئيسى لصاحب الاسم المستعار، كما أن اتفاق التسخير يتضمن فى ثناياه استعارة الإسم كما أنه يوجد تعاصر من الناحية الفنية بين الاتفاقين: اتفاق التسخير واتفاق استعارة الاسم فضلاً عن أنه يوجد تشابه بين الوكالة بالتسخير والصورية النسبية فكلاهما ينصب على الصفة فى التعاقد. وفى ذلك قضت محكمة النقض المصرية فى أحد الطعون الذى طرح أمامها[3] «....إن النص فى المادة ٧١٣ من القانون المدنى على أن «تطبق المواد من ١٠٤ إلى ١٠٧ الخاصة بالنيابة فى علاقة الموكل والوكيل بالغير الذى يتعامل مع الوكيل» وفى المادة ١٠٦ من هذا القانون على أنه «إذا لم يعلن العاقد....» يدل على أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذى تخوله الوكالة إصداره لا بصفته وكيلاً ولكن بصفته أصيلاً ذلك أن وكالته فى هذه الحالة تكون مستترة ويعتبر وكأنه قد أعار اسمه للأصيل الذى وكله فى إبرام العقد، وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة فينصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل وإلى من يتعاقد مع الوكيل المستتر ولما كانت الوكالة بطريق التستر أو التسخير ليست إلا تطبيقاً لقواعد

---

١) راجع فى ذلك: نظرية الالتزام – المصادر الإرادية للالتزام – العقد والإرادة المنفردة الطبعة الأولى ١٩٩٥ – مطبوعات جامعة الكويت – صـ٢٦٤.

٢) راجع فى ذلك: المستشار/ عز الدين الدناصورى ودكتور/ عبد الحميد الشواربى – الصورية فى ضوء الفقه والقضاء ١٩٨٦ – نادى القضاة – صـ٥٥.

٣) راجع فى ذلك: نقض مدنى – الطعن رقم ٧٣٢ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٥/١/١٦، الطعنان رقما ٢٤٣٧، ٢٤٦٦ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٣/٥/٣.

الصورية فإن العلاقة بين الموكل والوكيل المسخر يحكمها العقد الحقيقي الذى يسرى فيما بينهما، وبالتالى فعلى من يدعى بقيامها أن يثبت وجودها....».

وبذلك فإن مذهب محكمة النقض فى قضائها يسير على أن الوكالة بالتسخير هى إحدى صور الصورية حيث شايعت ما ذهب إليه بعض الفقه فى هذا الصدد.

وأود أن أشير هنا إلى مثال من هذا القضاء أرى أنه بمثابة نموذجاً يوضح مدى خطأ المسلك الذى انتهجته محكمة النقض فى هذا الصدد، والمثال يتعلق فى حقيقته وفق صحيح أحكام القانون بصورية التسخير إلا أن محكمة النقض طبقت عليه أحكام الوكالة بالتسخير وذلك على التفصيل التالى:

المثال[1]:

النزاع يتعلق بشقة سكنية اشتراها الطاعن ودفع ثمنها مستعيراً اسم المطعون ضدها الأولى - وهى ابنه زوجته التى قام بتربيتها - وما دفعه إلى هذا هو رغبته فى التهرب من الديون المستحقة عليه، والخشية من قيام دائنيه بالحجز على الشقة المشتراه لو علموا بملكيته لها، فآثر أن يستر هذه الملكية واكتفى بالإقامة الفعلية فى هذه الشقة والانتفاع بها باعتباره المالك الحقيقى لها، وإن كانت علاقته بصاحبة الاسم المستعار حالت دون حصوله على دليل كتابى يثبت حقيقة الأمر بينهما. وقد طبقت محكمة النقض على هذا النزاع المادتين ٧١٣، ١٠٦ مدنى باعتبار أن هذا الأمر من قبيل الوكالة بالتسخير، والتى هى إحدى تطبيقات الصورية فى نظر المحكمة وبناء عليه قضت بأن «حكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة فينصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل وإلى من يتعاقد مع الوكيل المسخر».

وواقع الأمر أنه لما كان الثابت أن الطاعن هو الذى قام بدفع جزء من الثمن كما أنه هو المدين بباقى الثمن للبائع، فإنه يستفاد من ذلك أنه هو المتعاقد الحقيقى وأن توقيع المطعون ضدها الأولى (ابنه زوجته) على العقد هو محض عمل مادى، إذ لم تساهم بإرادتها بحال من الأحوال فى إبرام العقد مما ينفى أننا بصدد وكالة،

---

١) ويتعلق بالحكم الصادر بجلسة ١٩٨٥/١/١٦ فى الطعن رقم ٧٣٢ لسنة ٥٤ ق نقض مدنى، ونفس المعنى للطعنان رقما ٢٤٣٧، ٢٤٦٦ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٣/٥/٣.

ويعنى أننا فى حقيقة الأمر بصدد صورية بالتسخير أى صورية من خلال استعارة الاسم وهى الصورة الثالثة من صور الصورية النسبية، مما يعنى أن ما يسرى فيما بين المتعاقدين: مستعير الاسم (الطاعن) ومعيرة الاسم (صاحبة الاسم المستعار وهى المطعون ضدها الأولى) والبائع، وخلفهم العام هو العقد الحقيقى إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، إذ هو العقد الذى أراده الأطراف وليس العقد الصورى وذلك تنفيذاً لما تقضى به المادة ٢٤٥ مدنى.

وعلى هذا النحو تكون النتيجة التى انتهت إليها محكمة النقض صحيحة من اعتبار الطاعن هو المالك الحقيقى للشقة المشتراه، ولكن ليس باعتباره موكلاً كما رأت المحكمة تطبيقاً للمادتين ٧١٣، ١٠٦ مدنى وإنما باعتباره المتعاقد الحقيقى تطبيقاً للمادة ٢٤٥ مدنى.

الغصن الثانى

الاتجاه القائل بأن الوكالة بالتسخير ليست إحدى صور الصورية النسبية التى ترد على الاسم

إن الوكالة بالتسخير ليست إحدى صور الصورية، لأنه فى حالة التعاقد بطريق التسخير يعقد الوكيل المسخر تصرفين كل منهما جدى لا صورية فيهما ولا أثر للصورية فى أى منهما – الأول: عقد وكالة يكون الاسم المسخر فيه وكيلاً عن آخر (الموكل المُسخر) فى تصرف معين ومحدد يعينانه فى عقد الوكالة المبرم بينهما. الثانى: يعقده الوكيل المسخر مع الغير يبرم هذا التصرف المعين والمحدد لحساب الأصيل ولكنه يبرمه باسمه هو فينصرف إليه أثر العقد. وعلى ذلك لا يمكن للوكيل المسخر أن يبرم تصرفاً ثالثاً مع الأصيل ينقل بموجبه أثر العقد إلى هذا الأخير والذى سبق أن أبرمه لحسابه مع الغير، وذلك لأن العقد الثالث ينفى عن الوكالة بالتسخير صفة النيابة وهو الأمر الذى لا نقره لأن الوكالة بالتسخير وكالة نيابية كما سبق البيان[1].

---

١) راجع فى ذلك: صـ٥٣ ومابعدها من الرسالة.

أما فى الصورية النسبية بطريق التسخير أو الاسم المستعار فيقتضى تحققها وجود اتفاق بين طرفى التصرف المزمع إبرامه على أن يستعير أحدهما اسم شخص من الأغيار يظهر فى العقد بدلاً منه بحيث يبدو صاحب الاسم المستعار أمام الناس كما لو كان هو الطرف الحقيقى فى العقد، فى حين أنه ليس إلا مجرد ساتر لمستعير الاسم[١].

ولقد طرح أمام محكمة النقض أحد الطعون[٢] بشأن نزاع معين وموضوع النزاع أن الطاعن وأثناء فترة عمله بخارج البلاد كلف زوجته بشراء شهادات ادخار وأرسل لها بالفعل ثمنها، وقد قامت الزوجة بشراء هذه الشهادات، ولكن نظراً لغياب الزوج لسفرة ولعدم وجود سند وكالة منه لزوجته، فقد اضطرت هذه الأخيرة بشراء الشهادات باسمها الشخصى إلا أنه بعد عودة الزوج من الخارج ووفاة زوجته رفض البنك صرف قيمة الشهادات للزوج باعتبارها تركة زوجته، فقام الزوج برفع دعواه مطالباً بنقل ملكية الشهادات من اسم زوجته إلى اسمه وقد قضت محكمة النقض بأن «الوكالة بالتسخير وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تفترض أن يعمل الوكيل باسمه الشخصى وإن كان يعمل لحساب الموكل الذى يكون اسمه مستتراً ويترتب عليها وتطبيقاً لقواعد الصورية التى تستلزم أعمال العقد الحقيقى فى العلاقة بين الموكل والوكيل المسخر - أنها تنتج قبل الموكل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة، فينصرف أثر العقد الذى يبرمه الوكيل المسخر إلى كل من الموكل ومن تعاقد مع هذا الوكيل».

والواقع أن محكمة النقض قد أصابت فى تكييف ما قامت به الزوجة من شراء لشهادات الادخار من مال زوجها على أنه من قبيل الوكالة بالتسخير، ولكنها أخطأت فى تطبيقها لأحكام الصورية فى هذا المجال، فضلاً عن أنها كانت فى غنى عن ذلك للوصول إلى النتيجة التى انتهت إليها، إذ فيما قرره المشرع فى المادة ١٠٦ مدنى بشأن الوكالة بالتسخير ما يغطى الفروض التى تثيرها والذى بتطبيقه

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ أحمد مرزوق - نظرية الصورية فى التشريع المصرى - رسالة دكتوراه جامعة القاهرة عام ١٩٥٧م فقرة ١٧٥.

٢) ويتعلق بالحكم الصادر بجلسة ١٩٨٦/١١/٢٠ - الطعن رقم ٦٥٠ لسنة ٥٥ ق نقض مدنى، ونفس المعنى الطعن رقم ١١٥٥ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٩/٥/٣١.

على موضوع النزاع يؤدى إلى القول بانصراف آثار العلاقة التعاقدية التى ساهمت الزوجة فى تكوينها مع البنك فى ذمة كل من هذا الأخير والزوج (الموكل) ولكن ليس تطبيقاً لقواعد الصورية واعتماداً على ما تقرره من نفاذ العقد الحقيقى فيما بين المتعاقدين، وإنما اعتماداً على ما تقرره المادة ١٠٦ مدنى من قيام العلاقة بين الموكل والمتعاقد مع الوكيل المسخر طالما كان يستوى عنده التعامل مع الموكل أو الوكيل وهو ما يعد ثابتاً فى حق البنك، إذ لن يختلف الأمر بالنسبة له من أن يكون المشترى هو (أ) أو (ب) من جمهور المتعاملين معه فما يهم البنك هو توافر الشروط التى يضعها للتعامل مع عملائه، والبنك يتطلب الاعتبار الشخصى عادة إذا ما كان بصدد منح ائتمان للعميل، وهو ما يعد منتفياً فى الفرض الذى يثيره موضوع النزاع، لأن عملية إصدار شهادات الادخار لا يمكن اعتبارها من قبيل عمليات الائتمان.

ولهذا لا يمكن اعتبار التعاقد بطريق التسخير أحد تطبيقات الصورية النسبية بطريق الاسم المستعار أو التى ترد على الاسم، لأنه فى التعاقد بطريق الوكالة بالتسخير يساهم الوكيل المسخر لا الموكل بإرادته فى تكوين العقد وحتى فى الفرض الذى يتصرف فيه الوكيل المسخر وفقاً لتعليمات معينة من موكله – كما لو حدد هذا الأخير للوكيل المسخر حداً أقصى للشراء – فإرادة الوكيل المسخر يكون لها الدور الفعال والإيجابي فى تكوين العقد مع الغير[1].

فحينما يتعاقد الوكيل المسخر مع الغير فإنه يظهر أمامه بأنه يتعامل لمصلحته الشخصية فى حين أن قصده انصرف إلى التعامل لمصلحة الموكل، ومن ثم نكون بصدد عدم تطابق بين معطيات التعبير والقصد بشأن الصفة فى التعامل، ومتى قام الوكيل المسخر بالتعاقد مع أحد الأغيار فمعنى ذلك أننا نكون بصدد عقدين. الأول يتم إبرامه بين الموكل والوكيل والثانى فيتم تشييده بين هذا الأخير والغير وأن هذا أو ذاك لا يعتبر إحدى صور الصورية النسبية التى ترد على الاسم، فعلى الرغم من وجود تشابه بين الصورية النسبية التى ترد على الاسم والوكالة بالتسخير من حيث إن كليهما ينصب على الصفة فى التعاقد، وعلى الرغم

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد العزيز المرسى حمود، – المرجع السابق – صـ٣٢، دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢٥٢، ٢٥٣.

من ذلك يوجد بينهما تباين من حيث التكوين والأحكام الخاصة بكل منهما والآثار المترتبة على كل منهما.

فنجد أنه فى الصورية النسبية التى ترد على الاسم تتطلب وجود اتفاق بين طرفى العقد يتم بمقتضاه الاتفاق على أن يستعير أحد الأطراف اسم شخص من الأغيار، بحيث يبدو صاحب الاسم المستعار أمام الناس على أنه الطرف الحقيقى فى التعاقد فى حين أن الحقيقة عكس ذلك، أى أنه ليس طرفا حقيقياً فى التعاقد بل هو مجرد ساتر للعاقد الحقيقى، ويفهم من ذلك أن الصورية النسبية التى ترد على الاسم لها مفهوم قانونى محدد وهى أنها ترد على الصفة فى التعاقد فى حد ذاتها وأنها تتطلب وجود اتفاقين مستقلين: الأول يتم إبرامه بين صاحب الاسم المستعار والشخص الذى يبغى استعارة الاسم، وأن إرادة كل منهما يكون لها الدور الإيجابى والفعال فى عملية إبرام العقد. والثانى: بين الشخص الذى يستعير الاسم وأحد الأغيار[١] وتتضح أهمية هذا الاتفاق إذا كان مستعير الاسم يريد شراء شيء معين بنظام التقسيط، ففى هذه الحالة لا يمكن إبرام عقد البيع من خلال فكرة الصورية النسبية التى ترد على الاسم إلا إذا وافق البائع على ذلك وفى هذه الحالة يحصل هذا الأخير على ورقة ضد[٢] تضمن له حقه فى الحصول على الأقساط من المشترى الحقيقى من خلال الرجوع عليه بذلك، ولا ريب أن صاحب الاسم المستعار لا يكون له أى دور فى إبرام عقد البيع، لأن إرادته وإن كانت تبدو فى الظاهر أنها تساهم فى إبرام العقد بيد أن حقيقة الأمر أن إرادته لم تكن لها دور بالمرة فى ذلك وأن دوره دور مادى بحت وهو التوقيع على العقد فقط، ولكن واقع الأمر أن إرادة مستعير الاسم هى التى ساهمت فى عملية إبرام العقد وبالتالى فإن هذه الإرادة هى التى تكون موضع اعتبار فيما يتعلق بعيوب التراضى وأثر العلم أو الجهل ببعض الظروف الخاصة. وأنا لا أستطيع أن أنكر أن صاحب الاسم المستعار يقوم بالتوقيع باسمه على العقد بل قد يشارك – فى بعض الأحوال – فى نقل معطيات التعبير عن

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢٤٨ وما بعدها.

٢) راجع فى ذلك: المستشار أنور العمروسى – الصورية وورقة الضد فى القانون المدنى – دار المطبوعات الجامعية(*) صـ٣٧٣ وما بعدها، دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – أثر عدم إعلان النائب عن صفته الحقيقية فى التعاقد وفقاً للقانونين الكويتى والمصرى صـ٢٤٨، ٢٤٩.

الإرادة من مستعير الاسم إلى الغير الذى يشارك معه فى إبرام العقد، وبالرغم من ذلك فإنه لا يعدو فى هذه الحالة أن يكون رسولاً أو ناقلاً للتعبير، ومن ثم فإنه لا يكتسب صفة الطرف بالمفهوم الشكلى، وذلك لأن هذا المفهوم لا يكتسب من واقعة التوقيع على العقد والتى لا تخرج عن كونها عملاً مادياً خالصاً بل يتعين عليه أن يشارك فى واقعة إبرام الرابطة العقدية، ومعنى ذلك أنه يتطلب وجود دور للقصد – من خلال التعبير عن الإرادة – فى واقعة إبرام العقد، وهذا يحول دون اعتبار التعاقد بطريق التسخير إحدى صور الصورية النسبية التى ترد على الاسم، لأن الوكيل المسخر على خلاف صاحب الاسم المستعار يشارك بإرادته فى تكوين الرابطة العقدية مع الغير، وعلى ذلك إجماع الفقه والقضاء(١).

وقد استقر الفقه على أن الإرادة – فى هذا الخصوص – تتميز بأنها تنشئ الأثر القانونى ليس فى حق صاحبها فحسب كما هى القاعدة، ولكن فى حق شخص آخر هو الموكل ومن ثم فإنه يعتد – كأصل عام – بإرادة الوكيل(٢)، وليس بإرادة الموكل فيما يتعلق بعيوب التراضى وأثر العلم أو الجهل ببعض ظروف التعاقد الخاصة، وهو ما اعترف به المشرع صراحة حيث أحال بشأن آثار العقد الذى يتم من خلال نظام الوكالة العادية إلى النيابة فى التعاقد دون أن يفرق فى ذلك بين

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل- المرجع السابق - صـ١٣٩، ١٤٠، دكتور/حمدى عبد الرحمن - المرجع السابق - صـ١٦٤، دكتور/ عبد الحى حجازى - المرجع السابق - صـ٧٥٩، دكتور/ محمد شكرى سرور - موجز الأحكام العامة للالتزام ١٩٨٥ - دار الفكر العربى - صـ١١٩، ١٢٠، دكتور/ مصطفى محمد الجمال - شرح أحكام القانون المدنى - مصادر الالتزام- منشأة دار المعارف بالإسكندرية ١٩٩٠ - صـ٢٦٥، ٢٦٦. ومن أحكام القضاء: نقض مدنى الطعن رقم ٢١٥٠ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٢، الطعن رقم ٨٣٥٧ لسنة ٦٥ ق جلسة ٢٠٠٢/٦/١٠.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ حسام الدين الأهوانى - المرجع السابق - صـ٣٣٣، ٣٣٤، دكتور/ حمدى عبد الرحمن - المرجع السابق - صـ١٦٠، ١٦١، دكتور/ جمال مرسى بدر - الرسالة السابقة- صـ٨ وما بعدها، دكتور/ سليمان مرقص -الوافى فى شرح القانون المدنى - جـ٢، الالتزامات المجلد الأول - نظرية العقد والإرادة المنفردة الطبعة الرابعة ١٩٨٧□ صـ٢٣٠، ٢٣١، دكتور/سمير عبد السيد تناغو ودكتور/ نبيل إبراهيم سعد - المرجع السابق- صـ١١٦، ١١٧، ١١٨، دكتور/عبد الحى حجازى - المرجع السابق - صـ٧٥١ وما بعدها، دكتور/ عبد الرزاق السنهورى - نظرية العقد - منشورات محمد الداية - بيروت - لبنان - صـ٢١٢، ٢١٣، ٢١٤، دكتور/عبدالفتاح عبد الباقى - المرجع السابق - صـ٢٠٠، ٢٠١، ٢٠٢، ٢٠٣، دكتور/ مصطفى محمد الجمال - المرجع السابق - صـ٢٧٨، ٢٧٩، ٢٨٠.

الوكالة المكشوفة والمستترة والتي من بينها الوكالة بالتسخير، وأنه بالرجوع في هذا الشأن إلى النص الذي تمت الإحالة إليه نجد أن عباراته جاءت عامة مما يستوجب صرف حكمه إلى نوعى الوكالة العادية الظاهرة والمستترة. فقد ورد فى نص المادة ١/١٠٤ مدنى «إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الإرادة أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتماً...»[١].

وبناء على ذلك فإن الوكيل المسخر يكتسب صفة الطرف بالمفهوم الشكلى وهذا يمنع القول بالصورية التي ترد على الاسم فيما يتعلق بالعقد الذى يساهم الوكيل المسخر فى إبرامه مع أحد الأغيار ذلك لأنه من ناحية أن إرادة الوكيل المسخر هى التى تشارك فى واقعة إبرام العقد وليست إرادة الموكل.

ومن ناحية ثانية لا تتحقق - من الناحية الفنية - المعاصرة فى التكوين بين عقد الوكالة بالتسخير والعقد الذى يساهم الوكيل المسخر فى إبرامه مع الغير، وأخيراً لا يوجد اتفاق وتدبير بين الوكيل المسخر والمتعاقد معه يرد على استعارة اسم هذا الأخير، ذلك أن الفرض موضوع النقاش أن المتعاقد مع الوكيل المسخر لم يعلم - حقيقة أو حكماً - بصفة الوكيل المسخر الحقيقية فى التعاقد وبالتالى لا يمكن اعتبار التوكيل صورياً[٢] وهو الأمر الذى صرحت به محكمة النقض بقولها صراحة بشأن أحد الطعون الذى طرح أمامها[٣]، «... عدم إفصاح الوكيل عن صفته فى العقود التى يبرمها مع الغير لحساب الموكل لا يؤدى بذاته إلى صورية التوكيل، لأن تعامل الوكيل باسمه مع الغير لا يغير من علاقته مع موكله فيلتزم الموكل بموجب عقد الوكالة بتنفيذ ما التزم به الوكيل...».

وبذلك تكون محكمة النقض قد فصلت بين اتفاق التسخير والعقد الذى يشارك الوكيل المسخر فى إبرامه مع الغير وقد يعلم الغير - حقيقة أو حكماً - باتفاق التسخير ومع ذلك يتعاقد مع الوكيل، وهذا يتحقق متى انتفت مصلحته فى تحديد الشخص

---

١) بالرغم من أن النائب يتعامل مع الأغيار بناء على تعليمات محددة من الأصيل وفى هذه الحالة يعتد بإرادة هذا الأخير فيما يتعلق بعيوب التراضى وأثر العلم أو الجهل بالظروف الخاصة ومع ذلك فإن إرادة النائب تظل محتفظة بدورها فى تكوين العقد خارج منطقة التعليمات.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل زكى عبد الواحد - المرجع السابق صـ٢٥٠، ٢٥١.

٣) راجع فى ذلك: نقض مدنى. الطعن رقم ٢١٥٠ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٢م.

الذى تتأثر ذمته المالية بآثار العقد أو كان يرغب - من حيث المبدأ - فى التعامل مع الموكل، الذى انصرف قصد الوكيل نحو التعامل لمصلحته، وعلى الرغم من ذلك لا يمكن القول فى هذه الحالة بوجود صورية ترد على الاسم كما يذهب إلى ذلك الدكتور/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل بقوله «... إذا تم إخفاء شخصية أحد المتعاقدين تحت اسم شخص آخر بعلم المتعاقد الآخر، أى تم الإخفاء بالنسبة للغير فقط فنكون بصدد صورية بطريق التسخير.....»[1].

فالعلم لا يكفى فى حد ذاته للقول بهذا النوع من الصورية، بل يجب التفرقة بين ما إذا كان العقد تم إبرامه مع أحد الأغيار من خلال إرادة مستعير الاسم أو إرادة صاحب الاسم المستعار، وفى الحالة الأولى نكون بصدد صورية، وعلى العكس من ذلك فى الحالة الثانية حيث إننا نواجه مسألة التسخير، ولا يحول دون ذلك العلم بها من جانب الأغيار.

وفى ذلك تقول محكمة النقض الفرنسية[2] «وعادة يتصرف صاحب الاسم المستعار فى علاقاته بالغير دون شئ ينم عن وجود شخص آخر مختف وراءه، وقد تكون هذه العلاقة ظاهرة فى بعض الأحيان دون أن يتغير دور الشخصية المستعارة...».

وعلى ذلك فإن ما يذهب إليه جانب من الفقه والقضاء إلى أن الوكالة المستترة تعد أحد تطبيقات الصورية النسبية التى ترد على الاسم[3] فيه هدم - من الناحية الفنية والقانونية[4]- للصورية، لأن صاحب الاسم المستعار لا يعدو أن يكون مجرد أداة تستخدم فى إبرام العقد حيث إن دوره الأساسى يقتصر على التوقيع باسمه الشخصى على العقد، وهذا يعد منتفياً فى الوكالة بالتسخير. كما أنه لا يمكن اعتبار الوكالة بالتسخير أحد تطبيقات الصورية التى ترد على الاسم، لأن اتفاق التسخير لا ينصب على الاسم فقط كما هو الحال بالنسبة لهذا النوع من الصورية، بل إن محلة العملية القانونية التى يبغى الموكل تكوينها مع أحد الأغيار دون

١) المرجع السابق - صـ٢٦٤.

2) Req, 5,4, 1880, D. 80, 1,13- (M) planiol: Trait de Droit civil, p. 755, No. 2266.

٣) راجع فى ذلك: دكتور/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل - المرجع السابق - صـ٢٦٤.

٤) راجع فى توضيح ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد - المرجع السابق صـ٢٥٣، ٢٥٤.

الإفصاح عن صفته في التعاقد لاعتبارات معينة، وهذا الاتفاق يتم تكييفه على أنــه عقد وكالة وأن استعارة الاسم تعد أحد بنوده الجوهرية.

لما كان المشرع قد اعطى للمتعاقدين والخلف العام بموجب الفقرة الأولــى من المادة ٢٤٤ مدنى، متى كانوا حسنى النية، الحق فى الخيرة بين التمسك بأى من العقدين الحقيقى أو الصورى وذلك وفق ما تقتضيه مصلحة كل منهم الشخصية فإن احتمال تعارض مصالحهم يكون وارداً جداً[1]، فلو افترضنا أن العقد ما بين معيــر الاسم والمتعاقد معه هو عقد شراء مال معين – عقار مثلاً – فإن مــصلحة دائنــى معير الاسم تدفعهم إلى التمسك بالعقد الصورى بين معير الاسم والمتعاقد معه فــى حين أن مصلحة دائنى مستعير الاسم تكون فى التمسك بالعقد الحقيقى بين مــستعير الاسم والمتعاقد مع معير الاسم، فكل من الطائفتين سيسعى إلى ضم المال – العقار – لذمة مدينه الضمان العام لهم ولهذا فقد حل المشرع هذا التعارض، بتقديره فــى الفقرة الثانية من المادة سالفة الذكر لأفضلية من يتمسك بالعقد الصورى، وعلى هذا ففى المثال السابق يفضل دائنو معير الاسم على دائنى مــستعير الاســم مراعــاة لاستقرار المعاملات، وإن كان هذا يجافى أحياناً اعتبارات العدالة، فى حين أنه فى حالة الوكالة بالتسخير فإن هناك أيضاً حق خيرة يكون مقرراً للمتعاقد مع الوكيــل المسخر، متى توافر فى هذا الأخير شرطان: الأول – أن يعول على صفة الوكيــل المستخلصة من معطيات تعبيره، بحيث يكون قصد التعاقد مع شخص الوكيل بمعنى توافر الاعتبار الشخصى. الثانى – عدم إمكان نسبة العلم الحكمى بهذه الصفة إليه، ببذله عناية الرجل المعتاد. فإذا ما توافر هذان الشرطان كان للمتعاقد مــع الوكيــل المسخر الحق فى أن يختار بين أمور ثلاثة أولها: قبول نفاذ آثار التصرف فى ذمة الوكيل وفق ما تقضى به صراحة المادة ١٠٦ مدنى. ثانيها: طلب إبطال العقد للغلط أو التدليس بحسب ما إذا كان عدم إعلانه عن هذه الصفة يرجع إلى إهماله أو تعمده طبقاً لأحكام المادتين ١٢٠، ١٢٥ من القانون المدنى مع حقه فى مطالبــة الوكيــل بالتعويض طبقاً للمادة ١٦٣ مدنى لأنه لم يكن أميناً وصادقاً في بيان صفته الحقيقية

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـــ٢٥٤، دكتور/ مجدى حــسن خليل – الصورية رسالة دكتوراه – جامعة عين شمس عام ١٩٩٢ صـــ١٩٢.

فى التعاقد[١] أو لسكوته التدليسى عن بيان تلك الصفة ثالثها: التنازل عن الاعتبار الشخصى[٢] الذى يحول أو كان يحول دون قيام العلاقة التعاقدية المباشرة بينه وبين الأصيل – ويتحقق ذلك إذا تحسن المركز المالى لهذا الأخير أو زالت الخلافات العائلية والموانع الأدبية التى كانت تحول دون تعاقدهما – وفق ما تقضى به ضمناً المادة ١٠٦ من القانون المدنى[٣]. ولما كان الثابت فى مجال الصورية عموماً أن العقد الحقيقى هو الذى يسرى فيما بين المتعاقدين والخلف العام وذلك طبقاً لنص المادة ٢٤٥ مدنى، فإن معنى ذلك أنه بخصوص الصورية بالتسخير فإن مستعير الاسم هو الذى تنصرف فى ذمته آثار العقد دائناً أو مديناً وليس صاحب الاسم المستعار، وذلك باعتبار أن الأول هو المتعاقد الحقيقى فى حين أن الثانى هو مجرد متعاقد صورى فلا يكون له المطالبة بالحقوق الناشئة عن التعاقد، والذى اقتصر دوره على عمل مادى بحت وهو التوقيع عليه باسمه، كما لا يجوز توجيه المطالبة إليه بالالتزامات الناشئة عنه، فى حين أنه فى مجال الوكالة بالتسخير فإن آثار العلاقة التعاقدية التى يشارك فى إبرامها الوكيل المسخر مع الغير لا تنصرف بحسب الأصل في ذمة الوكيل المسخر، لأن يده عليها يد أمين وليست يد مالك وبالتالى لا يجوز له التصرف فيها بأى وجه من أوجه التصرفات، وهذا لا ينفى التزام الوكيل المسخر بنقل آثار العقد الذى أبرمه من حقوق والتزامات إلى ذمة الأصيل وذلك تنفيذاً لعقد الوكالة المبرم بينهما.

الغصن الثالث

رأى الباحث فى هذه المسألة

وبعد استعراض رأى الفقه والقضاء الذى يرى جانب منهم أن الوكالة بالتسخير ما هى إلا إحدى صور الصورية فى حين يرى الجانب الآخر أنها ليست إحدى صور الصورية، والرأى عندى أنه لا يمكن اعتبار الوكالة بالتسخير إحدى

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢٥٠.
٢) راجع فى ذلك: دكتور/ سمير إسماعيل – الرسالة السابقة صـ١٦٨.
٣) راجع فى ذلك دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢٢٢.

صور الصورية وذلك لوجود إختلاف بين أحكام الصورية بالتسخير وأحكام الوكالة بالتسخير وذلك على النحو التالى:

أولاً: مدى الاعتداد والتعويل على الاعتبار الشخصى فى التعاقد فى كل من الصورية بالتسخير والوكالة بالتسخير. فى مجال الصورية بالتسخير يكون الغرض منها تغلب مستعير الاسم على مانع قانونى أو أدبى يحول دون ظهـوره بمظهـر المتعاقد الحقيقى أمام القانون فى الفرض الأول أو أمام طائفة الأغيار عموماً فـى الفرض الثانى، ولكن دائماً وأبداً فإنه لايوجد اعتبار شخصى يحول دون تعاقده مع المتعاقد مع المعير اسمه، سواء كان العقد اللذان يريدان إبرامه من العقـود التـى يكون للاعتبار الشخصى[1] فيها أهمية كبيـرة أم لـيس كـذلك، إذ أن الـصورية بالتسخير تكون وليدة اتفاق وتدبير بين أطرافها الثلاثة: معيـر الاسـم ومـستعيرة والمتعاقد معهما[2]. فى حين أنه فى مجال الوكالة بالتسخير فكما قد يكون الغـرض منها التغلب على مانع قانونى أو أدبى بين الموكل وطائفـة الأغيـار مثـل حالـة المزايدة فى مزاد علنى، إلا أنه فى الغالب الأعم يكون هناك مانع أو اعتبار أدبـى يحول دون إتمام التعاقد بين الموكل وبين المتعاقد مع الوكيل المسخر مباشرة أو من خلال فكرة الوكالة الظاهرة - مثل وجود خلافات عائليـة أو شخـصية بينهمـا أو ضعف المركز المالى للموكل - كما أن لوجود مثل هذا الاعتبار الشخـصى لـدى المتعاقد مع الوكيل المسخر أثراً قانونياً هاماً وذلك فى ضوء ما قرره المشرع فـى المادة ١٠٦ مدنى، حيث ميز بين فرضين: الأول - إذا كان يستوى لدى المتعاقد مع الوكيل المسخر التعاقد معه أو مع الأصيل، وعندئذ يكون الاعتبار الشخصى منتفياً، ويكون أثر ذلك انصراف آثار التصرف إلى ذمة الأصيل ويكون الوكيل أجنبياً عنه. الثانى - إذا كان المتعاقد مع الوكيل المسخر قد عول علـى صـفة هـذا الأخيـر المستفادة من معطيات التعبير عن الإرادة الصادر منه، والذى لـم يتـضمن بيانـاً بحقيقة صفته فى التعاقد وعندئذ يكون الاعتبار الشخصى موجوداً ويكون أثر ذلـك انصراف آثار التصرف إلى ذمة الوكيل المسخر - بحسب الأصل ويكون الموكـل

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ سمير إسماعيل - الرسالة السابقة صـ١٦٧.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد - المرجع السابق صـ٢٤٨.

أجنبياً عنه، وعلى ذلك فإن للاعتبار الشخصى دوراً هاماً فى مجال الوكالة بالتسخير فى حين أنه لا يكون مطروحاً للمناقشة بين أطراف الصورية بالتسخير.

ثانياً: تحديد معنى الغيرية فى كل من الصورية بالتسخير والوكالة بالتسخير.

تختلف الغيرية باختلاف الوضع القانونى الذى تواجهه[1]، ففى مجال الصورية عموماً فإن أساس تحديد من يعتبر من الغير يدور حول أن ضرورة استقرار المعاملات واعتبارات العدالة تستدعى حماية كل من عول على العقد الصورى واطمأن إليه معتقداً بحسن نية جديته، وهذا ينصرف بالضرورة إلى دائنى المتعاقدين وخلفهم الخاص[2] على أن ينصرف لفظ المتعاقدين فى مجال الصورية بالتسخير إلى أطرافها الثلاثة: معير الاسم ومستعيره والمتعاقد معهما، هذا فى حين أنه فى مجال الوكالة بالتسخير فإن أساس تحديد من يعتبر من الغير يدور حول أن ضرورة استقرار المعاملات واعتبارات العدالة تستدعى حماية من وجه إليه التعبير عن الإرادة الصادر من الوكيل المسخر والذى لم يتضمن وعن عمد منه بياناً لصفته الحقيقية فى التعاقد وكونه لا يتعاقد لحساب نفسه وإنما لحساب شخص معين آخر وهو الموكل، مما يدفع الذى وجه إليه هذا التعبير إلى الاعتقاد بحسن النية فى أن صاحب هذا التعبير وهو الوكيل المسخر إنما يتعاقد لحسابه الشخصى، كما أن لفظ الغير ينصرف بالتالى إلى دائنى الموجه إليه التعبير عن الإرادة الصادر من الوكيل المسخر وخلفه الخاص.

وتجدر الإشارة إلى أن اتفاق التسخير بين الموكل والوكيل المسخر كما قد يرد على عملية قانونية واحدة (بيع – شراء)، فإنه قد يرد كذلك على القيام بأكثر من عملية قانونية مثل أن يسخر الموكل الوكيل لعمل عقد شركة بدون أن يبرز وكالته ولم يعلم بها المتعاقدون معه أى الشركاء، فهنا يكون هؤلاء الأخيرين وغيرهم ممن يتعامل مع الوكيل المسخر باعتباره شريكاً يتعامل لحسابه الشخصى

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهورى – الوسيط فى شرح القانون المدنى – جـ٢ المجلد الثانى – الطبعة الثانية صـ١٤١٢.

٢) وإن كان هناك اتجاه آخر فى الفقه تؤيده محكمة النقض يرى أنه يقصد بالغير فضلاً عمن تقدم ذكرهم: كل من لم يكن طرفاً فى العقد أو خلفاً عاماً لأحد طرفية متى كانت له مصلحة فى الطعن بالصورية. راجع: المستشار/ عز الدين الدناصورى ودكتور/ عبد الحميد الشواربى – الصورية فى ضوء الفقه والقضاء – الطبعة الثالثة صـ١٠٣، ١٠٤، ١٠٥.

من طائفة الأغيار[١]، وعلى هذا فإنه فى حالة الصورية بالتسخير فإن المتعاقد مع معير الاسم لا يدخل ضمن طائفة الأغيار، فى حين أنه فى مجال الوكالة بالتسخير فإن المتعاقد مع الوكيل المسخر يدخل فى هذه الطائفة.

ثالثاً: فى مجال العلم الحكمى وحسن النية فى كل من الصورية بالتسخير والوكالة بالتسخير. ففى مجال الصورية خول المشرع بموجب المادة ٢٤٤ مدنى للغير الحق فى أن يتمسك بأى من العقد الحقيقى أو العقد الصورى وفق ما تقتضيه مصلحته الشخصية، بشرط أن يتوافر لدية حسن النية، وبالرغم من أن هذا الأخير يعد من الأمور النفسية للشخص لتعلقه بالقصد[٢] مما يستتبع أن يقاس بمعيار شخصى وليس موضوعى، إلا أن الفقه والقضاء قد استقرا على أنه قرينه موضوعية قاطعة لا تقبل إثبات العكس، مؤداها أن العلم الفعلى بالصورية هو دليل سوء النية[٣] على أن تكون العبرة فى ذلك هو وقت إبرام هذا الغير لتعاقده. وعلى هذا النحو فإن حسن النية فى نطاق الصورية بالتسخير يعنى عدم علم الغير علماً فعلياً وقت تعامله بصورية العقد الظاهر بين معير الاسم والمتعاقد معه بل اعتقد أنه عقد جدى واطمأن إليه وبنى عليه تعامله[٤]، ولما كان مدلول العلم الحكمى بأمر من الأمور يعنى الجهل فى الحقيقة بهذا الأمر بالرغم من توافر الظروف والملابسات الموضوعية والتى من شأنها إذا ما وضع فيها الرجل العادى أن يعلم بهذا الأمر، فإنه فى محيط الصورية لا يكون هناك أى مجالٌ للحديث عن مسألة العلم الحكمى بها[٥] إذا أن مناط الأمر حسن أو سوء نية الغير والذى يستفاد من علمه الفعلى أو عدمه بالصورية وقت تعامله، بينما فى مجال الوكالة بالتسخير فإن البحث لا يدور بالمرة حول مدى توافر حسن النية أو عدم توافره لدى المتعاقد مع الوكيل المسخر، فمناط الاهتمام معرفة ما إذا كان قد علم علماً فعلياً بصفة الوكيل المسخر الحقيقية

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢١٨.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ١٥٦.

٣) راجع فى ذلك: المستشار/ عز الدين الدناصورى ودكتور/ عبد الحميد الشواربى – المرجع السابق صـ١٠٦.

٤) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهورى – الوسيط جـ٢ المجلد الثانى – الطبعة الثانية صـ١٤٣٠.

٥) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ١٥٦، ١٥٧.

فى التعاقد، وكان علمه هذا بمعزل عن معطيات التعبير عن الإرادة الصادر من هذا الوكيل، فكما تقدم فإننا حكماً نكون بصدد وكالة ظاهرة تخضع للمادة ١٠٥ مدنى أما إذا أمكن نسبة العلم الحكمى بحقيقة صفة الوكيل المسخر بمعنى توافر ظروف وملابسات موضوعية أحاطت بإبرام العقد تمكن الرجل العادى من العلم بصفة الوكيل المسخر الحقيقية وكونه لا يتعاقد لحسابه الشخصى وإنما لحساب شخص محدد غيره وهو الموكل إلى جانب المتعاقد معه، فإنه وفقاً لما تقضى به المادة ١٠٦ مدنى فإن آثار العقد تنصرف إلى ذمة الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر والذى يكون أجنبياً عنه، وعلى هذا النحو فإن أحكام الصورية تستبعد أن يكون للعلم الحكمى بها مجال فيها، إذ يكون مناط الأمر هو حسن أو سوء نية الغير، بينما فى الوكالة بالتسخير لا تثار مسألة حسن النية أو سوئها، فى حين يكون للعلم الحكمى بالوكالة بالتسخير من جانب المتعاقد مع الوكيل المسخر أثر هام.

رابعاً: حق الخيرة المقرر فى كل من الصورية من خلال استعارة الاسم والوكالة بالتسخير. لما كان المشرع قد أعطى لدائنى المتعاقدين والخلف العام بموجب الفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ مدنى، متى كانوا حسنى النية الحق فى الخيرة بين التمسك بأى من العقدين الحقيقى أو الصورى وذلك وفق ما تقتضيه مصلحة كل منهم الشخصية، فإن احتمال تعارض مصالحهم يكون وارداً جداً فمثلاً لو افترضنا أن العقد ما بين معير الاسم والمتعاقد معه هو عقد شراء عقار مثلاً، فإن مصلحة دائنى معير الاسم تدفعهم إلى التمسك بالعقد الصورى بين معير الاسم والمتعاقد معه فى حين أن مصلحة دائنى مستعير الاسم تكون فى التمسك بالعقد الحقيقى بين مستعير الاسم والمتعاقد مع معير الاسم، فكل من الطائفتين سيسعى إلى ضم العقار لذمة مدينه الضمان العام لهم، ولهذا فقد وضع المشرع حلاً لهذا التعارض بتقديره فى الفقرة الثانية من المادة سالفة الذكر لأفضلية من يتمسك بالعقد الصورى، وعلى هذا ففى المثال السابق يفضل دائنو معير الاسم على دائنى مستعير الاسم مراعاة لاستقرار المعاملات، وإن كان هذا يجافى فى بعض الأحيان اعتبارات العدالة، فى حين أنه فى مجال الوكالة بالتسخير فإن هناك أيضاً حق خيرة يكون مقرراً للمتعاقد مع الوكيل المسخر متى توافر فى هذا الأخير شرطان: الأول: أن يعول على صفة الوكيل المسخر المستخلصة من معطيات تعبيره، بحيث يكون قصد

التعاقد مع شخص الوكيل بمعنى أن يكون قد عول على الاعتبار الشخصي في التعاقد. الثاني: عدم إمكان نسبة العلم الحكمي بهذه الصفة إليه، ببذله عناية الرجل المعتاد، فإذا ما توافر هذان الشرطان كان للمتعاقد مع الوكيل المسخر الحق في أن يختار بين أمور ثلاثة: أولها – أن يقبل انصراف آثار التصرف في ذمة الوكيل المسخر وفق ما تقضي به صراحة المادة ١٠٦ مدني. ثانيها – أن يطلب إبطال العقد للغلط أو التدليس بحسب ما إذا كان عدم الإعلان عن الصفة يرجع إلى إهمال الوكيل المسخر أو تعمده ذلك وفقاً لأحكام المادتين ١٢٠، ١٢٥ مدني مع الحق في مطالبته بالتعويض وفقاً للمادة ١٦٣ مدني. ثالثها – أن يتنازل عن الاعتبار الشخصي الذى يحول أو كان يحول دون قيام العلاقة التعاقدية المباشرة بينه وبين الأصيل – وقد يتحقق ذلك إذا ما تحسن المركز المالي لهذا الأخير أو زالت الخلافات العائلية و الموانع الأدبية التي كانت تحول دون تعاقدهما – وفق ما تقضي به ضمناً المادة ١٠٦ مدني[١].

وعلى ذلك فإن في كل من الصورية من خلال استعارة الاسم والوكالة بالتسخير حقاً للخيرة ولكن شتان الفرق بين الحقين.

خامساً: مدى لزوم التعاصر بين التصرفات في مجال كل من الصورية بالتسخير والوكالة بالتسخير. من المتفق عليه فقهاً وقضاءً[٢] أنه يشترط لقيام الصورية وجود تعاصر زمني بين التصرفين، الظاهر الصوري والمستتر الحقيقي إذا لما كانت الصورية تفترض أن إرادة المتعاقدين لم تنصرف أبداً إلى إبرام العقد الأول، في حين اتجهت جدياً نحو عقد الثاني فإن لزوم ذلك بالضرورة تعاصر التصرفين وإن كان يكفي لتحقق هذا المعاصرة الذهنية، والتي لا يقدح فيها أو لا ينال منها تحرير الاتفاق المستتر في وقت لاحق، في حين أن أحكام نظام التعاقد

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢٢٢.

٢) راجع في ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – جـ١ – بند ٦١٤، دكتور/ عبدالفتاح عبد الباقي – المرجع السابق بند ١٠٤، المستشار عز الدين الدناصوري ودكتور/ عبد الحميد الشواربي – المرجع السابق – صـ١٧، ١٨، ١٩، دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢٢٢، ومن أحكام النقض المصري. نقض ١٩٧٤/٤/٩، السنة ٢٥– صـ٦٥٨ – مجموعة النقض المدني، نقض ١٩٨٠/٢/١٠– طعن رقم ٦٨١ لسنة ٥١ق، نقض ١٩٨٥/٥/٩ – طعن رقم ٩٢٢ لسنة ٥١ق، الطعن رقم ٤٠١٤ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٧/١/٣٠.

بطريق الوكالة بالتسخير تفترض بالضرورة أن يكون عقد الوكالة بالتسخير بين الموكل والوكيل المسخر سابقاً حتماً وبحكم اللزوم على تعاقد هذا الأخير والمتعاقد معه، وعلى ذلك فإنه فى حالة الصورية بالتسخير بصفة خاصة والصورية عموماً يعد التعاصر بين التصرفين الظاهر الصورى والمستتر الحقيقى مفترض ولازم وحتمى، فى حين أنه على العكس من ذلك فى مجال الوكالة بالتسخير، حيث لا نكون بصدد تعاصر بين التصرفين وإنما تعاقب، إذ يلزم أن يكون اتفاق التسخير سابقاً على التعاقد بين الوكيل المسخر والمتعاقد معه.

سادساً: أن الوكيل المسخر يكتسب - وبحق - صفة الطرف بالمفهوم الشكلى، وذلك يحول دون القول بالصورية التى ترد على الاسم فيما يتعلق بالعقد الذى يساهم الوكيل المسخر فى تشييده مع أحد الأغيار، لأنه من ناحية أن إرادة الوكيل المسخر - وليست إرادة الموكل - هى التى تشارك فى عملية تشييد العقد(١).

سابعاً: أنه لا يوجد اتفاق بين الموكل والمتعاقد مع الوكيل المسخر ينصب على استعارة اسم هذا الأخير فى إبرام التصرف، فالفرض أن المتعاقد مع الوكيل المسخر لم يعلم -حقيقة أو حكماً - بصفة الوكيل المسخر الحقيقية فى التعامل، وبالتالى لا يمكن اعتبار التوكيل صورياً، وهو ما صرحت به محكمة النقض صراحة بقولها بشأن أحد الطعون الذى طرح أمامها(٢)، «... عدم إفصاح الوكيل عن صفته فى العقود التى يبرمها مع الغير لحساب الموكل لا يؤدى بذاته إلى صورية التوكيل، لأن تعامل الوكيل باسمه مع الغير لا يغير من علاقته مع موكلة، فيلتزم الموكل بموجب عقد الوكالة بتنفيذ ما التزم به الوكيل....»، وبذلك تكون قد فصلت -وبحق- بين اتفاق التسخير والعقد الذى يساهم الوكيل المسخر فى تشييده مع الأغيار.

وعلى ذلك فإن ما يذهب إليه جانب من الفقه والقضاء إلى أن الوكالة بالتسخير تعد أحد تطبيقات الصورية النسبية التى ترد على الاسم(٣)، فيه هدم - من الناحية الفنية والقانونية- للصورية، لأن صاحب الاسم المستعار لا يعدو أن يكون

---

١) راجع فى ذلك دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد - المرجع السابق - صـ٢٥٠.

٢) نقض مدنى جلسة ٢٥/٤/١٩٦٣ (سبق الإشارة إليه).

٣) راجع فى ذلك: دكتور/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل - المرجع السابق - صـ٢٦٤.

مجرد أداه تستخدم فى تكوين العقد حيث إن دوره الأساسى يقتصر علـــى التوقيـــع باسمه الشخصى على العقد، وذلك يعد منتفياً فى الوكالة بالتسخير[1]، كما أن اتفـــاق التسخير لا ينصب على الاسم فحسب كما هو الحال بالنسبة للصورية مـــن خـــلال استعارة الاسم بل إن محلة هو العملية القانونية التى يبغى الموكل تكوينها، مع أحد الأغيار دون الإفصاح عن صفته فى التعامل لاعتبارات معينة، وهذا الاتفـــاق يـــتم تكييفه على أنه عقد وكالة وأن استعارة الاسم تعد أحد بنوده الجوهرية.

ثامناً: أنه فى مجال الصورية عموماً فإن العقد الحقيقى هو الذى يسرى فيها بين المتعاقدين والخلف العام وذلك إعمالاً لنص المادة ٢٤٥ مدنى، فإن ذلك يعنـــى أنه فى الصورية بالتسخير فإن مستعير الاسم هو الذى تنصرف إليه آثار التصرف دائناً أو مديناً وليس صاحب الاسم المستعار، وذلك باعتبـــار الأول هـــو المتعاقـــد الحقيقى فى حين أن الثانى هو مجرد متعاقد صورى فلا يكون له المطالبة بالحقوق الناشئة عن التعاقد كما لا توجه إليه المطالبة بالالتزامات الناشئة عن العقد لأن دوره دور مادى بحت وهو التوقيع على العقد باسمه فى حين أنه فـــى مجـــال الوكالـــة بالتسخير فإن الآثار المترتبة على الرابطة العقدية التى يشارك فى إبرامها الوكيـــل المسخر مع الغير تنصرف طبقاً لاتفاق التسخير المبـــرم بـــين الوكيـــل المـــسخر والأصيل إلى ذمة الأخير والغير المتعاقد مع الوكيل المسخر، فيكون كل منهما هـــو الدائن والمدين فى مواجهة الآخر بالحقوق والالتزامات الناشئة عن التعاقد إعمـــالاً لنص المادة ١٠٦ مدنى، وهذا لا ينفى بطبيعة الحال التزام الوكيل المسخر بنقل آثار التعاقد الذى أبرمه من حقوق والتزامات فى ذمة الأصيل وذلك نفاذاً لعقـــد الوكالـــة المبرم بينهما، لأنه قبل ذلك تكون هذه الآثار من حقوق والتزامات في يـــده علـــى سبيل الأمانة فإن تصرف فيها فإنه يتصرف فيما لا يملك طالما اعترفنـــا للوكيـــل المسخر بأنه أصبح طرف تعاقدى بالمفهوم الشكلى فقط وليس طرفاً بالمفهوم المادى أو الموضوعى، وهذا ما يميزه عن الوكيل فى الوكالة المكشوفة إذ لا تنصرف آثار العقد الذى يبرمه فى ذمته المالية وإنما فى ذمة الأصيل مباشرة.

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق – صـ٢٥٣.

الفرع الثانى

مدى اعتبار الوكالة بالتسخير أحد أنواع الوكالة العادية[١]

الوكالة[٢] العادية هى عقد يلتزم بمقتضاه أحد طرفيه ويسمى الوكيل بأن يبرم تصرفاً قانونياً بإسمه على أن تنصرف آثار هذا التصرف إلى ذمة الطرف الآخر ويسمى الموكل وهى أحد أوجه النيابة.

ومن الجدير بالذكر أنه فى حالة التعاقد من خلال نائب أو وكيل فإن هذا الأخير إنما يكون – بحسب الأصل – معبراً عن إرادته هو لا عن إرادة من ينوب عنه، ويترتب على ذلك أن عيوب الإرادة[٣] ينظر فيها إلى إرادة النائب لا إلى إرادة الأصيل، وكذلك فإن أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتماً إنما يلتمسان عند النائب لا عند الأصيل، وذلك بناء على ما ورد بنص المادة ١٠٤/١ مدنى – واستثناء من هذا الأصل – وفى ضوء ما جاء بالفقرة الثانية من المادة سالفة الذكر – فإن النائب إذا كان وكيلاً ويتعامل وفق تعليمات محددة صدرت له من موكله، فإنه يكون فى هذه الحالة معبراً عن إرادة الموكل لا عن إرادته هو[٤] فتكون العبرة عندئذ بإرادة الموكل إلا أنه خارج نطاق هذا الفرض فإن العبرة بحكم اللزوم هى بإرادة النائب، وبالتالى لا يصح أن يكون مجنوناً أو غير مميز إذ يجب أن يكون أهلاً لأن تصدر منه إرادة مستقلة، من ثم يجب أن يكون مميزاً ولو كان قاصراً أو محجوراً عليه[٥] ولا تشترط فيه أهلية خاصة لأنه لا يعمل لحسابه بل لحساب موكله.

وعلى ذلك فإن جوهر النيابة وسر خصوصيتها هو أن التعبير الذى يصدر عن النائب مترجم عن إرادته هو لا ينتج ولا يرتب أثره القانونى فى ذمة صاحبه كما هو الأصل فى التعاقد وإنما فى ذمة شخص آخر غيره وهو الأصيل، فالنائب لا

---

١) الوكالة نوعان ١- عادية. ٢ – بالعمولة.

٢) راجع نص المادة ٦٩٩ مدنى.

٣) أما الأهلية للتعاقد فينظر فيها إلى الأصيل لأن العقد ينتج أثره لحساب هذا الأخير والعبرة فى توافرها بالوقت الذى يبرم فيه النائب التعاقد وكل هذا ما لم تكن النيابة قانونية لأن القانون عندئذ هو الذى يعين أهلية النائب وأهلية الأصيل.

٤) ولا ينصرف حكم هذا الاستثناء إلى النائب متى كان مصدر نيابته القانون أو القضاء.

٥) ما لم تكن النيابة قانونية إذ يمكن أن يطلب من النائب كمال الأهلية كما فى الوصى والقيم.

يكتسب ولا يتحمل بما يرتبه العقد الذى أبرمه من حقوق والتزامات وإنما الأصيل هو الذى تتصرف فى ذمته آثار هذا العقد[1].

والوكالة كما قد تكون ظاهرة سافرة تكون كذلك مستترة، وهى تكون ظاهرة متى كان الوكيل المسخر قد عبر - صراحة أو ضمناً - عن حقيقة صفته فى التعاقد وأنه لا يتعاقد لحسابه الشخصى وإنما يتعاقد لحساب شخص معين آخر وهو الأصيل، كما تكون الوكالة ظاهرة متى علم المتعاقد مع الوكيل المسخر - حقيقة أو حكماً - بصفة هذا الأخير الحقيقية فى التعاقد ويكون العلم حقيقياً أو فعلياً لأن هذه الحالة تأخذ نفس حكم الحالة الأولى لأن إلزام الوكيل بالإعلان عن صفته الحقيقية فى التعامل، وكذلك شرط التعاقد باسم الأصيل لا يعتبر شرطاً متطلباً فى حد ذاته وإنما بغرض إعلام المتعاقد مع الوكيل بحقيقة الطرف الأصلى فى التعاقد ومن ستتأثر ذمته المالية بثمار العقد، فمتى علم المتعاقد مع الوكيل المسخر علماً فعلياً أو حقيقياً بحقيقة صفة الوكيل وكونه يتعاقد لحساب شخص محدد ومعين وليس لحساب نفسه ومع الوضع فى الحسبان ما يتمتع به المتعاقد مع الوكيل من ممارسة رخصة قبول أو رفض التعاقد إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد المنبثق من مبدأ سلطان الإرادة، فإن إبرام هذا الأخير التعاقد مع الوكيل بالرغم من أن تعبير هذا الأخير عن إرادته لم يتضمن بياناً لحقيقة صفته فى التعاقد يجعلنا حكماً بصدد وكالة ظاهرة طالما أن هذا المتعاقد قد علم علماً فعلياً بصفة الوكيل الحقيقية فى التعاقد بمعنى أن آثار العقد المبرم بين الوكيل والمتعاقد معه ستتصرف فى ذمة هذا الأخير والموكل، ويكون الوكيل أجنبياً عن هذه الآثار وهذا يعد تطبيقاً للحكم الذى تضمنه نص المادة ١٠٥ مدنى والذى يجرى نصه على أنه «إذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل».

---

١) دكتور/ جمال مرسى بدر- الرسالة السابقة صـ٨ وما بعدها، دكتور/ حسام الأهوانى- المرجع السابق صـ٢٣٣، ٢٣٤، دكتور/ حمدى عبد الرحمن- المرجع السابق صـ١٦٠، ١٦١، دكتور/ سليمان مرقص- المرجع السابق صـ٢٣٠، ٢٣١، دكتور/ سمير عبد السيد تناغو ودكتور/ نبيل إبراهيم - المرجع السابق صـ١١٦، ١١٧، ١١٨، دكتور/ عبد الحى حجازى- المرجع السابق- صـ٧٥١ وما بعدها، دكتور/ عبد الرزاق السنهورى- نظرية العقد - منشورات محمد الداية - بيروت(*) صـ٢١٢، ٢١٣، ٢١٤، دكتور/ عبد الفتاح عبد الباقى- نظرية العقد والإرادة المنفردة - دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامى ١٩٨٤□ صـ٢٠٠، ٢٠١، ٢٠٢، ٢٠٣، دكتور/ مصطفى الجمال- شرح أحكام القانون المدنى - مصادر الالتزام - منشأة دار المعارف بالإسكندرية ١٩٩٠ صـ٢٧٨، ٢٧٩، ٢٨٠ .

وتكون الوكالة مستترة متى انتفى الفرضان السابقان أى لم يعلم المتعاقد مع الوكيل - حقيقة أو حكماً - بصفته الحقيقية فى التعاقد كما أن التعبير الصادر من هذا الأخير لم يتضمن صراحة أو ضمناً إشارة إلى كونه يتعاقد لحساب شخص معين سواء كان ذلك نتيجة إهماله أو وليد تعمد من جانبه، مما دفع بالمتعاقد معه إلى الاعتقاد بأن الوكيل إنما يتعاقد لحساب نفسه، ويخضع حكم هذا الفرض لنص المادة ١٠٦ مدنى والتى ينساب نصها قائلاً «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب».

وإهمال الوكيل فى الإعلان عن صفته الحقيقية فى التعاقد وإن كان الغالب أن يكون بفعل الوكيل إلا أنه قد يحدث بفعل الغير مثل الذى تولى كتابة الرسالة التى تتضمن معطيات التعبير أو من كلف بنقل هذا الأخير، أما إذا كان الوكيل قد اتجه قصده نحو عدم الإعلان عن صفته الحقيقية فى التعاقد تنفيذاً لما اتفق عليه مع الموكل كنا بصدد عقد وكالة بالتسخير(١).

إذاً فالتعاقد من خلال فكرة الوكالة بالتسخير - وهو الفرض محور المعالجة - يفترض حدوث انفصام بين القصد الداخلى للوكيل وبين معطيات التعبير عن الإرادة الصادرة عنه، إذ بينما اتجه الأول نحو عقد التصرف لحساب الموكل فإن الثانى لم يتضمن وعن عمد بياناً لحقيقة صفة الوكيل التعاقدية وكونه لا يتعاقد لحساب نفسه وإنما يتعاقد لحساب شخص معين غيره (وهو الموكل) وهو ما ينطوى على إعاقة ومنع للمتعاقد معه عن مباشرة رخصة رفض أو قبول التعاقد - إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد المنبثق من مبدأ سلطان الإرادة - على وعى وبصيرة بشخص المتعاقد معه الحقيقى ولئن كان الغالب أن يكون حدوث هذا الفرض وليد اتفاق بين الوكيل المسخر وبين الموكل، إلا أنه يلحق به أيضاً إن لم يوجد مثل هذا الاتفاق وإنما كان مسلك الوكيل من تلقاء نفسه وإن كان هذا فرضاً نادر الحدوث(٢).

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد- المرجع السابق صـ٢٠٢ وما بعدها.
٢) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد لواحد- المرجع السابق صـ٢١٧ وما بعدها.

وبالطبع فإن تسخير الموكل للوكيل المسخر واتخاذه له ستاراً يختفي خلفه لا يكون مقصوداً لذاته ولكن بغرض إحداث أثر قانوني معين، سواء في علاقته بالمتعاقد مع الوكيل أو بطائفة الأغيار وقد يكون السبب وراء ذلك مجرد تحقيق مصلحة لصالح الموكل كما قد يقترن ذلك بقصد الإضرار بالمتعاقد مع الوكيل المسخر، فقد يكون لدى الموكل مانع أو أكثر قانوني أو أدبي يحول دون إبرامه العقد بنفسه أو من خلال نظام الوكالة الظاهرة مع المتعاقد مع الوكيل المسخر، وقد يتعلق هذا المانع في علاقة الموكل بهذا الأخير بالذات وهو الغالب أو بطائفة الأغيار عموماً.

وعلى ذلك يمكن تعريف الوكالة بالتسخير بأنها عقد بمقتضاه يلتزم أحد طرفيه ويسمى الوكيل المسخر بالتعاقد مع الأغيار باسمه الشخصي ولكن لحساب الطرف الآخر ويسمى الأصيل.

ومن يرغب في التعاقد عن طريق الوكالة بالتسخير فإنه يلجأ إلى تسخير غيره في إبرام التصرف القانوني المطلوب للتعاقد بدلاً منه ولذلك يسمى هذا الوسيط بالاسم المسخر وتسمى العلاقة القائمة بين الذي يرغب في التعاقد على هذا النحو، ومن يسخره أو يستعمل اسمه في التعاقد بـ«عقد التسخير». وليس هناك ما يحول أن يكون عقد التسخير غير قاصر على عملية واحدة بل من الممكن أن يشمل عدة عمليات مستمرة، ويصبح الوكيل المسخر مستمراً وصاحبه ذا وظيفة دائمة في هذا الأمر يختفي وراءه المتعاقد الحقيقي المستفيد من التعاقد وقد يعهد الشخص إلى الوكيل المسخر بوظيفة دائمة لديه فمثلاً قد يرغب شخص في أن لا يعلم أحد شيئاً عن أمواله التي يملكها سواء أراد تهريبها من ملاحقة الدائنين أو لأي غرض آخر، فيتصرف في الظاهر في هذه الأموال بأحد عقود التصرفات لصالح آخر يستخدمه اسماً مستعاراً له بحيث يظهر الاسم المستعار مالكاً حقيقياً[1]، والأصل في عقد التسخير أنه عقد مشروع سليم طالما أنه يستخدم في عمل مشروع واستخدام الاسم المسخر عمل مشروع طالما أنه لا يخفي غشاً في القانون ولا غشاً فيما يتعلق بحقوق الغير.

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ محمد زكي عبد المتعال- البحث السابق صـ٧.

ومن المستقر عليه فقهاً[١] وقضاء[٢] أن عقد الوكالة بالتسخير يتم تكييفه على أنه عقد وكالة ولكنها وكالة مستترة، لأن الوكيل المسخر أو الوسيط يستعمل كاسم مسخر لموكله، والوكالة مستترة تماماً طالما ظلت فى طى الكتمان إذ لا يوجد ما يشعر الغير أن الوكيل المسخر يعمل لحساب آخر، ويكون الوكيل المسخر فى عقد الوكالة وكيلاً عمن أعاره ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من حيث إن وكالته مستترة بحيث يبدو فى الظاهر وكأنه صاحب المصلحة الحقيقى فى التعاقد مع أن الواقع غير ذلك، فصاحب المصلحة والمستفيد من التعاقد هو الموكل المُسخِر أو المستعير للاسم وليس الوكيل المسخر، أما غيره من الوكلاء فوكالته ظاهرة أو مكشوفة المصلحة فيها للموكل فى الظاهر والباطن، ولذلك سمى بالوكيل المسخر تمييزاً له عن الوكيل العادى.

فالوكيل المسخر إذاً هو وكيل يلتزم بإجراء التعاقد مع الأغيار باسمه الشخصى لا باسم موكله ولكن لحساب هذا الأخير.

ومتى أصبح الشخص وكيلاً مسخراً لآخر فإنه يكون فى علاقته بهذا الأخير وكيلاً عنه، وهو فى الحقيقة ليس إلا كذلك، وعندئذ تطبق قواعد الوكالة فيما بينهما والتى من أهمها أن الوكيل لا يجوز له الاحتفاظ بالأموال التى حصل عليها ولا بالمبالغ التى حصلها فهو محاسب على ذلك كما أنه وكيل.

وفى ذلك تقول محكمة النقض وهى بصدد نظر أحد الطعون الذى طرح أمامها[٣] «بأن من يعير اسمه ليس إلا وكيلاً عمن أعاره، وحكمه هو حكم كل وكيل من حيث ما يجب عليه من رعاية حق موكلة وضبطه من حيث مسئوليته إذا أخل بالتزامه وغصب هذا الحق أو افتأت عليه ولا فارق بينه وبين الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة فيبدو الشأن شأنه فى الظاهر مع كونه شأن الموكل فى الواقع مما

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ أحمد مرزوق - الرسالة السابقة - فقرة ١٨٠، دكتور/ جمال مرسى بدر- الرسالة السابقة - صـ٢٣٥، دكتور/ حمدى عبد الرحمن - المرجع السابق - صـ١٦١، دكتور/عبدالرزاق السنهورى - نظرية العقد - صـ٨٠٤.

٢) راجع فى ذلك: نقض مدنى - الطعن رقم ١٤٣٣ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/٦/٨، الطعن رقم ١٢٨٣ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/٦/١٦ (لم ينشر)، ١٩٦٦/٥/٥ - مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ - صـ١٠١٩، ١٩٦٤/١١/٢٦ - مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ - صـ١٠٧٣.

٣) نقض مدنى ١٩٧٩/٦/١٦ (سابق الإشارة إليه).

يقتضى أن تعتبر الصفقة فيما بين الموكل والوكيل قد تمت لمصلحة الموكل ولحسابه فيكسب كل من ينشأ عن التعاقد من حقوق ولا يكسب الوكيل من هذه الحقوق شيئاً ولا يكون له أن يتحيل بأية وسيلة للأستئثار بالصفقة دونه».

وفى حكم أكثر حداثه لها قضت محكمة النقض[1]، بشأن أحد الطعون الذى طرح أمامها «بذلك أنه لما كانت العلاقة بين الوكيل المسخر والموكل ينظمها عقد الوكالة الذى أبرماه فيلتزم الوكيل المسخر بتنفيذ الوكالة فى حدودها المرسومة مما مؤداه أن تسجيل البيع الصادر للوكيل المسخر ينقل الملكية مباشرة من الغير إلى الموكل المستتر فى العلاقة بين الوكيل والموكل وكان الاستناد إلى وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية لا يمنع من الاستناد إلى سبب آخر لاكتسابها....».

ومتى يبرم الوكيل المسخر تصرفاً قانونياً ما مع أحد الأغيار فإنه يتعامل مع هذا الغير باعتباره وكيلاً مستتراً تلقى وكالة بصدد هذا التصرف قبل إبرامه مع الغير، وبمعنى آخر إنه حتى تتوافر للوكيل المسخر صفة الوكالة فى إبرام تصرف قانونى ما لابد أن يتلقى هذه الوكالة قبل القيام بالتصرف المطلوب مع الغير، ولذلك فإن الوكيل المستتر يسمى بالوكيل المسخر تمييزاً له عن الوكيل العادى[2]، وطالما أن الوكيل المسخر يتلقى وكالته بصدد تصرف ما قبل القيام بهذا التصرف فعلاً فإن الفضولى وهو الذى يتولى من قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر يسمى رب العمل دون أن يكون ملزماً بذلك لا يعتبر وكيلاً مسخراً فى حالة إقرار عمله من رب العمل فرغم سريان قواعد الوكالة فى هذه الحالة إلا أن الفضولى لم يكن مرتبطاً برب العمل بعقد وكالة سابق بل إنه يتولى شأن رب العمل دون أن يكون ملزماً بذلك، ومن ثم فإن الفضولى لا يستطيع أن يرجع على رب العمل بدعوى الوكالة بل له أن يرجع عليه فى هذه الحالة بدعوى الفضالة وكذلك الحال فى حالتى بيع ملك الغير والوكيل العادى الذى يتجاوز حدود وكالته وإقرار عملهما بمعرفة المالك الأصلى فى الحالة الأولى والموكل فى الحالة الثانية فكل منهما - البائع والوكيل- لا يعتبر وكيلاً مسخراً يطبق عليه قواعده وأحكامه، إذا لم تكن هناك ثمة

---

١) نقض مدنى ١٩٨٢/٦/٨ (سابق الإشارة إليه).

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ أحمد مرزوق - الرسالة السابقة - فقرة ١٨٠.

وكالة سابقة تخولهما القيام بما قاما به بالرغم من أن النتيجة واحدة بإقرار المالك الأصلي أو الموكل عملهما القانوني اللذين أبرماه مع الغير.

والوكيل المسخر عندما يتعاقد مع أحد الأغيار فإنه يبدو أمام الناس على أنه الطرف الحقيقي والمتعاقد الأصلي وأنه يتعاقد لمصلحته الشخصية وإن ذمته المالية سوف تتأثر بثمار العقد، ذلك لأنه يشارك بإرادته في إبرام العقد المزمع إبرامه مع الغير وذلك من خلال معطيات التعبير الصادر عنه، وعلى ذلك فإنه يكتسب صفة الطرف بمعناه الشكلي تلك الصفة التي يكتسبها كل من يشارك بإرادته في إبرام العقد، وبذلك تكون إرادته محل اعتبار فيما يتعلق بعيوب التراضي وأثر العلم ببعض الظروف الخاصة، وأما عن الآثار المترتبة على العقد الذي يبرمه الوكيل المسخر فإنها لا تدخل في ذمته المالية على اعتبار أن التعاقد قد تم أصلاً لحساب الأصيل لأنه المتعاقد الحقيقي في هذا التعاقد، وإن كان في الحقيقة يحتفظ بها لديه على سبيل الأمانة ذلك لأن يده عليها يد أمين وليست يد مالك، وعلى ذلك إذا تصرف فيها بأي وجه من أوجه التصرفات سئل عن التصرف في ملك الغير، وإن بددها أو رفض تسليمها سئل عن جريمة تبديد طبقاً لأحكام المادة ٣٤١ عقوبات أو المادة ٣٦٦ عقوبات، وجدير بالذكر أن قصد الوكيل المسخر قد انصرف منذ البداية إلى تأثر ذمة الأصيل بالآثار المترتبة عن هذا التصرف سواء الإيجابية أو السلبية، وهذا يتفق مع المفهوم الفني للنيابة والذي يقضي بأن يتعاقد النائب باسم ولحساب الأصيل وإن ينصرف قصده وكذا قصد من تعاقد معه إلى انصراف آثار العقد إلى ذمة الأصيل، وبذلك يعتبر الوكيل المسخر نائباً بالمعنى الفني والقانوني في ذات الوقت لأنه يلتزم أن يشارك في إبرام العقد مع الغير باسمه الشخصي وتلك هي طبيعة عمله، إلا أن قصده وكذا قصد موكله قد انصرفا إلى عدم انصراف آثار العقد سواء من حقوق أو التزامات إلى ذمته المالية، أي عدم تأثر ذمته المالية سواء من الناحية الإيجابية أو السلبية بآثار العقد، وهذا يتفق بما لا يدع مجالاً للشك مع المفهوم الفني للنيابة كما عناه المشرع في مختلف التشريعات وعرفه الفقه والقضاء منذ نشأته.

وبذلك فإن الوكالة بالتسخير كنظام قانوني هي نوع من أنواع الوكالة، ولكنها وكالة مستترة وليست ظاهرة وليست إحدى صور الصورية النسبية التي ترد

على الاسم، وقد اعترف المشرع بذلك صراحة عندما قال فى نص المادة ١٠٦ من القانون المدنى «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً...» فإنه يقصد بذلك التعاقد بطريق الوكالة بالتسخير وبذلك يكون المشرع قد أسبغ صفة الوكيل على الوكيل المسخر شأنه فى ذلك شأن أى وكيل، ولكن الفارق بينهما أن وكالته مستترة.

المبحث الثانى
التطور التاريخى للوكالة بالتسخير

عرض وتقسيم:

إن مبدأ النيابة فى التصرفات القانونية لم يسلم به القانون الرومانى حتى فى عهد جوستنيان فلم يكن من الجائز أن يبرم شخص عقداً لينتج آثاره فى ذمة الغير، فإذا عهد شخص إلى آخر بالقيام بإبرام عقد معين وقام به انصرفت آثار هذا العقد إلى هذا الأخير فهو الذى يلزم أمام المتعاقد الآخر، وهو الذى يلتزم بآثار العقد، وبعدئذ يتعين على النائب أن ينقل إلى الأصيل ما كسبه من حقوق وما التزم به من ديون من العقد.

ويرجع السبب فى عدم قبول الرومان لمبدأ النيابة فى التعاقد إلى رسمية العقود وبيان ذلك أن الإجراءات الرسمية التى تتم بها التصرفات القانونية تنتج آثارها فى شخص من باشرها لا فى سواه، ومن جهة أخرى كان الالتزام يتميز بأنه علاقة شخصية فلا يجوز أن يوجد إلا بين الأشخاص الذين عملوا على إنشائه[1].

ولا شك أن لعدم التسليم بالنيابة بعض المزايا وعلى وجه الخصوص إذا راعينا الظروف الاجتماعية والاقتصادية لروما القديمة، فالمتعاقد لا يعرف سوى من يتعاقد معه وهو الذى يضع فيه ثقته وتكليفه بالتحرى عن يسار الأصيل قد يكون من الأمور العسيرة، ومن جهة أخرى فإن المتعاقد لا يلزم بالتحرى عما إذا كان النائب يعمل فى حدود وكالته أم لا ولعل هذه المزايا هى التى حدت بالمشرع المصرى والفرنسى إلى إبقاء مبدأ عدم النيابة فى القانون التجارى بالنسبة للوكيل بالعمولة.

ولكن لعدم قبول مبدأ النيابة مساوئ كثيرة فمن ناحية فهو يؤدى إلى التعقيد إذ إنه كان يستوجب - كما سبق الإشارة - عملية خاصة لنقل ما كسبه النائب وما تحمل به إلى الأصيل وفضلاً عن ذلك قد يعرض الأصيل لخطر إعسار النائب، فقد يكون هذا الأخير معسراً فلا يستطيع أن ينقل إلى الأصيل ما اكتسب من حقوق لصالحه.

١) راجع فى ذلك: دكتور/عبد المنعم البدراوى - القانون الرومانى - مطبعة دار الكتاب العربى القاهرة - ١٩٥٢ - صـ٥٤٦.

ولهذا سلم الرومان تدريجياً وعلى الخصوص بفضل تدخل البريتور إمكـان النيابة فى بعض الأحوال خروجاً على مبدأ عدم جواز النيابة، وكانت النيابة التـى أجازوها فى بعض الأحوال نيابة ناقصة فى الغالب أى نيابة تنشئ علاقة مباشـرة بين الأصيل وبين الغير، ولكنها فى نفس الوقت لا تعفى النائب من المسئولية أمـام الغير الذى تعاقد معه. أما النيابة الكاملة أى التى يترتب عليها نشوء علاقة مباشرة بين الأصيل وبين الغير وخروج النائب نهائياً فلم يجزها الرومان إلا اسـتثناء فـى حالات قليلة مثل نيابة الوصى والقيم، فما دام أن النائب عن ناقص الأهليـة يـدير أموال المشمول بالوصاية أو القوامة فهو وحده المسئول أمـام الغيـر عـن كـل التصرفات التى يجريها لحساب ناقصى الأهلية ولكن عند انتهاء الوصاية وبعد تقديم الحساب تنتقل آثار التصرفات التى أجراها الوصى إلى ذمة ناقصى الأهلية سـواء أكانت هذه التصرفات منشئة لحقوق أم لالتزامات، ولذلك يستطيع الصبى بعد بلوغه الرجوع على الغير الذين تعاقدوا مع الوصى عليه بدعاوى أعطاها البريتور بطريق التوسع، كما يستطيع الغير ممن تعامل مع الوصى الرجوع على القاصر بعد بلوغه مباشرة[١].

وفى القانون الفرنسى القديم لم تكن الوكالة النيابية معروفة إلى عصر إحياء القانون الرومانى، ثم تطور بعد ذلك القانون الفرنسى إلى أن عرفت الوكالة النيابية وانتشرت وذلك لفوائدها الجمة العظيمة[٢] وأخذت الوكالة المستترة تزول تـدريجياً ولكنها لم تختف نهائياً فقد تكلم عنها Poteea[٣]، صراحة فى عقد الوكالـة، وفـرّق بينها وبين الوكالة النيابية. من ذلك يتبين أن واضعى القانون المدنى عندما قصروا تعريف الوكالة وأحكامها على الوكالة النيابية باعتبار أن الوكالة النيابية أصـبحت هى العامة والأصلية، لم يقصدوا مطلقاً أن يكون شرط النيابة فى الوكالة هو ركنـاً لصحتها، ومن ثم كانت الوكالة المستترة المعروفة بالوكالـة بالتسـخير أو الاسـم المستعار هى وكالة صحيحة.

١) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد المنعم البدراوى – المرجع السابق – صـ٥٤٩.
2) Coste: le pseudonymel, Alinéa, 1,P.3.
3) Poteea: Alinéa 87 et 88.

ولكن يبدو لأول وهلة من الإطلاع على المادة ٩١٢/ ٦٢٥ من القانون المدنى القديم أنه لا يعرف غير الوكالة النيابية أى الوكالة الظاهرة، التى يتعامل الوكيل بمقتضاها مع الغير باسم الأصيل لا باسم النائب فتحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل مع انصراف الأثر القانونى إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه، وأنه لا يعرف النيابة غير المباشرة والتى بمقتضاها يتعامل الوكيل باسمه هو مع الغير لحساب الموكل والتى يضاف فيها أثر العقد إلى الوكيل دائناً أو مديناً ولا ينصرف إلى الموكل، ويرجع الموكل على الوكيل بمقتضى عقد الوكالة الذى تم بينهما وهو المعروف بعقد التسخير أو عقد الاسم المستعار.

وفى النظام القانونى المصرى نصت المادة ٦٩٩ مدنى على الوكالة العادية وساقت لها تعريفاً، والوكالة العادية التى نصت عليها المادة المذكورة فكما تكون ظاهرة أو مكشوفة فإنها قد تكون خفية أو مستترة، وتنص المادة ١٠٥ مدنى على الوكالة الظاهرة فى حين تنص المادة ١٠٦ مدنى على الوكالة المستترة - وتكون الوكالة ظاهرة متى كان الوكيل قد عَبَّر - صراحةً أو ضمناً - عن حقيقة صفته العقدية وأنه لا يتعاقد لحساب نفسه ولكن يتعاقد لحساب شخص آخر محدود وهو الأصيل، كما تكون كذلك إذا ما علم المتعاقد مع الوكيل علماً - حقيقياً أو مفترضاً - بصفة هذا الأخير الحقيقية فى التعاقد.

وتكون الوكالة مستترة إذا ما انتفى الفرضين السابقين أى إذا لم يعلن الوكيل أثناء التعاقد - صراحةً أو ضمناً - عن حقيقة صفته فى التعاقد، أو لم يعلم المتعاقد مع الوكيل علماً - حقيقياً أو مفترضاً - بصفة هذا الأخير الحقيقية فى التعاقد وقد نصت على ذلك المادة ١٠٦ مدنى، وبذلك فقد عرف النظام القانونى المصرى نظام التعاقد بطريق الوكالة بالتسخير حيث اعترف المشرع بشرعية التسخير فى أكثر من موضع طالما كان التسخير لغرض مشروع وصحيح وطالما أنه لا يخفى غشاً فى القانون ولا غشاً يتعلق بحقوق الغير، ولتوضيح التطور التاريخى لفكرة الوكالة بالتسخير نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الوكالة بالتسخير فى النظام القانونى الرومانى.

المطلب الثانى: الوكالة بالتسخير فى النظام القانونى الفرنسى.

المطلب الثالث: الوكالة بالتسخير فى النظام القانون المصرى.

المطلب الأول

الوكالة بالتسخير فى النظام القانونى الرومانى(*)

عرض وتقسيم

يلزمنا منذ البداية أن نلقى نظرة تاريخية على النيابة فى التعاقد بصفة عامة والوكالة بالتسخير بصفة خاصة لنعرف كيف ظهرت هذه الفكرة وتلك، وكيف

(*) والوكالة بالتسخير فى النظام الإسلامى لها مفهومها الخاص فى الفقه الإسلامى الذى يختلف عن فقه القانون الوضعى. فإذا كانت نظرية النيابة لم تعرفها القوانين الوضعية إلا منذ عهد قريب حيث مرت هذه النظرية بمراحل الاعتراف بها حتى وصلت إلى مفهومها الحالى، وعلى العكس من ذلك نجد أن الفقه الإسلامى قد اعترف بالنيابة منذ نشأته ذلك أن الشريعة الإسلامية من لدن حكيم خبير، فقد أقامت قواعد المعاملات على اليسر وعدم الحرج والتعاون بين الناس ولما كانت النيابة من الأمور الضرورية للبشر حيث لا يستطيع الإنسان أن يقوم بكل حاجياته بنفسه، وذلك بسبب ظروفه الصحية أو بسبب ظروف إقامته فى مكان بعيد عن المكان المطلوب إجراء التصرف فيه، أو بسبب صغر سنة أو ضعف خبرته أو لضيق وقته، ولقد عرف النظام الإسلامى الوصاية والقوامة والوكالة والفضالة والمضاربة والمزارعة... وغيرها كتطبيق لنظام النيابة، وتعريف النيابة فى اللغة بأنها «إقامة شخص مقام غيرة» [جاء فى مختار الصحاح - ناب عنه ينوب منابا قام مقامة.]، وقد عرف الفقه الإسلامى النيابة بأنها إقامة الإنسان غيره مقامه حيث عرفها بعض الفقهاء المحدثين [الشيخ على الخفيف - مذكرة فى النيابة عن الغير فى التصرف. محاضرات ألقيت على طلاب الدراسات العليا - كلية الحقوق - جامعة القاهرة] قائلا «يراد بنيابة الإنسان عن غيره أن يقوم مقامه فى عقد أو عمل جائز وإن شئت فى التزام أو عمل جائز رتب الشارع عليهما آثاراً شرعية، وهذه النيابة قد تكون مستمدة من الشارع ابتداء يعطيها بناء على أمر عارض جعله علة وسبباً لثبوتها وذلك كنيابة الأب وأبى الأب على الصغير ومن فى حكمه فإن الشارع قد أثبتها لهما ابتداء بسبب ولادة المولى عليه لهما..... وقد تكون مستمدة من شخص آخر وفى هذه الحال قد تكون عامة كنيابة الخليفة عن المسلمين... وقد تكون خاصة كنيابة ناظر الوقف ونيابة الوكيل عن الموكل ونيابة الوصى والقيم عمن أقامهما ونيابة الفضولى عمن عمل له» فى حين عرفها البعض الآخر [راجع فى ذلك: دكتور/ يوسف المرصفى - النيابة فى التعاقد فى الفقه الإسلامى - رسالة دكتوراه ١٩٨٠ - جامعة القاهرة- صـ١٩٨-٢٠١] بأنها «قيام شخص بتصرف شرعى مكان غيره بتكليف من الشارع أو القضاء أو بالاتفاق على أن ينتج التصرف آثاره فى ذمة الأصيل». والتعريف الأول قد جاء جامعاً مانعاً لمعنى النيابة حيث أورد النيابة بنوعيها النيابة الإجبارية وهى التى يكون مصدرها تكليف الشارع سبحانه وتعالى للعبد بالقيام بتصرف نيابة عن الغير كنيابة الأب والجد عن الصغير فى نظام الوصاية ونيابة الولى عن الخاضع الولاية فى نظام الولاية ونيابة القيم عن المحجور عليه فى نظام القوامة، كما أورد النيابة الإختيارية وهى التى يكون مصدرها إرادة الشخص، وقد تكون عامة كنيابة الخليفة عن المسلمين فى نظام الخلافة الإسلامية، وقد تكون خاصة كنيابة الوكيل عن الموكل ونيابة ناظر الوقف ونيابة الوصى والقيم عمن أقامهما ونيابة الفضولى عن رب العمل، وهذا التعريف وإن كان جامعاً لنوعى النيابة الجبرية والإختيارية إلا أنه لم يشتمل على النيابة الإجبارية، والتعريف الثانى قد اشتمل على النيابة الإجبارية والإختيارية على حد سواء. سواء كان مصدر هذه النيابة الشرع أو النص التشريعى أو القضاء أو الاتفاق بين الطرفين، ويعتبر هذا التعريف قد اشتمل على النيابة بأنواعها المعروفة فى التشريع المدنى وهى النيابة القانونية والتى تماثلها النيابة الشرعية التى يكون مردها إلى النص=

=القرآني والنيابة القضائية التي يكون مصدرها القضاء والنيابة الاتفاقية وهي التي تجد مصدرها في الاتفاق بين الطرفين ونعتقد أن هذا التعريف هو الأفضل والأقرب إلى الصواب ذلك لأنه شمل النيابة بأنواعها قانونية وقضائية واتفاقية طبقاً للمتعارف عليه في التقنين المدني الحالي، وبالتالي فإنه يمكن تعريف النيابة طبقاً لما استقر عليه الفقه الإسلامي. بأنها قيام شخص مقام غيره بأمر الشارع أو بأمر القضاء أو بالاتفاق في تصرف بحيث تعود آثار هذا التصرف إلى ذمة الأصيل.

وقد تطور نظام النيابة في الفقه الإسلامي حيث تنوعت إلى إرادية وجبرية وأن كلا النوعين قد أقرهما التشريع الإسلامي.

أولاً: النيابة الإرادية:

إذا كانت نظرية النيابة لم تعرفها القوانين الوضعية إلا منذ عهد قريب نجد على العكس من ذلك أن الفقه الإسلامي قد اعترف بالنيابة منذ ظهوره، وذلك يرجع إلى أن الشريعة الإسلامية تنزيل من لدن حكيم خبير حيث شيدت قواعد المعاملات على اليسر وعدم الحرج والتعاون بين الناس، ولما كانت الوكالة وهي أهم العقود التي قامت عليها النيابة الإرادية من المسائل الضرورية للناس نظراً لعدم استطاعة الإنسان أن يقوم بكل حاجياته بنفسه وذلك لظروفه الصحية أو لمكانته بين الناس فلا يستطيع أن يبيع أو يشترى سلعة ما أو لقلة خبرته أو لعدم توافر الوقت لدية أو لوجوده في مكان بعيد عن مكان إبرام التصرف. وهذه العقود كانت معروفة عند العرب قبل الإسلام، إذ كانوا يعرفون كثيراً من العقود التي تنقل الأموال والمنافع من ذمة إلى ذمة كالبيع والإجارة أو تنميتها كالشركة أو توثيق الديون كالرهن، ولكن شاب هذه المعاملات الكثير من العيوب التي تؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل كبيع الملامسة والمنابذة والحصاة[راجع في ذلك - دكتور/ حسن الشاذلي - المدخل للفقه الإسلامي(*)□ صـ٣٣. وبيع الملامسة كانت صورته في الجاهلية أن يلبس الرجل الثوب ولا ينشره أو يبتاعه ليلاً ولا يعلم ما فيه، وبيع المنابذة: هو أن ينبذ كل من المتبايعين إلى صاحبه الثوب من غير أن يعين أحدهما أن هذا بهذا بل كانوا يجعلون ذلك راجعاً إلى الاتفاق، وبيع الحصاة: كانت صورته أن يقول المشترى. أي ثوب وقعت عليه الحصاة التي أرمى بها فهو لي، وقيل إنهم كانوا يقولون إذا وقعت الحصاة من يدي فقد وجب البيع - بداية المجتهد(*)□ جـ٢ صـ١٤٨.] ولقد عرف العرب ذلك وخاصة في مكان الحواضر كمكة والمدينة، عرف المكيون ذلك عن طريق العلاقات التجارية المستمرة بينهم وبين سوريا الرومانية والعراق واليمن، وفي المدينة كذلك وهي بلد زراعي توارثوا بعض المعاملات عن طريق التعامل مع اليهود الذين يشاركونهم الإقامة بالمدينة[راجع في ذلك: دكتور/ محمد أنيس عبادة - المنتقى في تاريخ التشريع الإسلامي(*)□ صـ٣١] ولقد عرف العرب الوكالة كما عرفوا غيرها من العقود والتي يشوبها بعض العيوب، وكانت الوكالة عند العرب تتسم بأنها عقد معاوضة لا تبرع وأقرها الإسلام، ولكن غير كنهها بأن جعل الأصل فيها التبرع ولا مانع من اشتراط العوض فيها، وعندما جاء الإسلام أقر الوكالة، والدليل على ذلك من الكتاب. قول الله تعالى ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا....﴾[سورة التوبة الآية رقم ٦٠.]، ووجه الدلالة أن العاملين المكلفين بتحصيل الصدقات والموكلين بجمعها نيابة عن المستحقين لها في تحصيل حقوقهم[تكملة المجموع(*)□ جـ١٢ صـ٥٣٥، المغنى(*)□ جـ٥ صـ٨٧.] فتكون الوكالة جائزة وهناك أدلة كثيرة من السنة وإجماع الفقهاء على إقرار نظام الوكالة في الإسلام.

ثانياً: النيابة الجبرية:

وإذا كان الأمر واضحاً بالنسبة للنيابة الإختيارية أو الإرادية كما في الوكالة، فإن النيابة الجبرية - كما في الولاية والوصاية- وهي التي يفرضها الشارع جبراً عن الأصيل لايكون للأخير أي دور =

على قبولها أو رفضها، وبالتالي لا دخل لإرادته في النيابة الجبرية لأنها تفرض عليه بحكم الشرع. والدليل على ذلك من الكتاب قوله تعالى: ﴿... فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لاَ يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ...﴾[سورة البقرة - الآية رقم ٢٨٢.] ووجه الدلالة هنا أن الله تعالى أخبرنا أن السفيه وهو الشخص الذي ينفق أمواله في غير مواضعها وأن الضعيف -وهو الشيخ الكبير- والمجنون والصغير أيضاً. هؤلاء جميعاً ينوب عنهم أولياؤهم فيما لهم وما عليهم فيتولون كتابة عقد المداينة عند الكتابة، كما يوجد دليل على ذلك في السنة النبوية وإجماع الفقهاء والمسلمين على أن التصرفات الشرعية نوعان «أولها ما كان من قبيل العاديات الجارية بين الخلق في الاكتسابات وسائر المحاولات الدنيوية هي طرق الحظوظ العاجلة كالعقود على اختلافها والتصاريف المالية على تنوعها. وثانيها ما كان من قبيل العبادات اللازمة للمكلف من جهة توجهه إلى الواحد المعبود. أما الأول. فالنيابة فيه صحيحه فيقوم فيها الإنسان عن غيره وينوب منابه فيجوز أن ينوب منابه في استجلاب المصالح له ودرء المفاسد عنه كالنيابة والوكالة ونحو ذلك مما هو في معناه، لأن الحكمة التي يطلب بها المكلف بالتصرف كله صالحة أن يأتي بها سواه كالبيع والشراء والأخذ والإعطاء والإجارة والاستئجارة والهدمة والقبض والدفع وما أشبه ذلك ما لم يكن مشروعاً لحكمة لا تتعدى المكلف عادة أو شرعاً كالأكل واللبس والسكنى وغير ذلك مما جرت به العادات وكالنكاح وأحكامه وكل وجه من وجوه الاستمتاع التي لا تصح فيها النيابة شرعاً فإن مثل هذا مفروغ النظر فيه، لأن حكمته لا تتعدى صاحبها إلى غيره ومثل ذلك وجوه العقوبات والازدجار، لأنّ مقصود الزجر لا يتعدى صاحب الجناية ما لم يكن ذلك راجعاً إلى المال فإن النيابة فيه تصح، فإن كان دائراً بين الأمر المالي وغيره فهو مجال نظر واجتهاد كالحج والذي لا تصح النيابة فيه. والثاني: فالتعبدات الشرعية لا يقوم فيها أحد عن أحد ولا يغني فيها عن المكلف غيره وعمل العامل لا يجتزئ به غيره ولا ينتقل بالقصد إليه ولا يثبت إن وهب ولا يحمل إن تحمل وذلك بحسب النظر الشرعي القطعي نقلاً وتعليلاً. والدليل على ذلك قوله تعالى ﴿وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾، ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلإِنسَانِ إِلاَّ مَا سَعَىٰ﴾، ﴿وَمَن تَزَكَّىٰ فَإِنَّمَا يَتَزَكَّىٰ لِنَفْسِهِ﴾»[راجع في ذلك، كتاب الموافقات في أصول الشريعة(*)□ - للشاطبي - جـ٢ صـ٢٢٧، ٢٢٨.].

شروط تحقق النيابة في الفقه الإسلامي

يشترط الفقه الإسلامي في النيابة شروطاً تماثل تماماً الشروط التي وضعها التقنين المدني حيث يشترط أولاً: أن العبارة عبارة النائب وهذا يعادل الشرط الوارد في النيابة في القانون وهو أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل. ثانياً: ألا يجاوز النائب حدود نيابته، وهو يعادل الشرط الوارد في النيابة وهو أن تجرى إرادة النائب التصرفات في الحدود المرسومة. ثالثاً: أن يعمل النائب لحساب الأصيل سواء تعاقد باسم الأصيل أو باسمه هو وهذا الشرط يخالف الشرط الوارد في التقنين المدني الخاص بالنيابة في التعاقد، وهو أن يتعاقد النائب باسم وحساب الأصيل.

أولاً: العبارة عبارة النائب:

إن حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل هو الذي يخلع على النيابة صبغتها الخاصة، والفقه الإسلامي متفق في ذلك مع القانون الوضعي حيث يشترط الفقه الإسلامي أن يُعقد العقد بعبارة النائب وهو العاقد، ولقد اعتد الفقه الإسلامي بعبارة الوكيل، لأن العقد من إنشائه والعبارة عبارته لقوله تعالى: ﴿ وَأَن لَّيْسَ لِلإِنسَانِ إِلاَّ مَا سَعَىٰ ﴾ ويرى الشافعية أن حقوق العقد التي ترجع إلى تكوينه كخيار المجلس وخيار الرؤية والتقابض في المجلس، ويقولون إن هذه الحقوق تتعلق بالوكيل لأنه العاقد حقيقة[راجع في ذلك: الشربيني الشافعي - مغني المحتاج(*)□ جـ٢ صـ٢٣١.]، وحلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل هو أهم ما يميز النيابة عن الرسالة في =

=الفقه الإسلامى، فالرسول لا عمل له إلا نقل الرسالة وهى تنتقل إما بالخطاب وإما بالكتاب وإما بالرسالة، والعقد بالرسالة يتم بعبارة المرسل لا بعبارة الرسول، ومن ثم فلا يشترطون فى الرسول إلا القدرة المادية على نقل الرسالة سواء أكان مميزاً أم لا كما أنه يعتد بعيوب إرادة المرسل لا الرسول، وهذا خلافاً للنائب الذى يتم العقد بإرادته هو ويشترط فيه التمييز، ويعتد فى عيوب الإرادة بإرادته وفى النية بنيته وأن العبرة بأهلية الأصيل لا بأهلية النائب فالأصيل يجب أن تتوافر فيه الأهلية وقت تعاقد النائب ووقت صدور الوكالة منه وبذلك يشترط الفقه الإسلامى كما يشترط فى التقنين الوضعى أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل.

ثانياً: عدم مجاوزة النائب لحدود نيابته:

يجب أن تكون تصرفات النائب فى إطار الحدود المرسومة له فى عقد الوكالة من قبل الأصيل فإذا جاوز النائب هذه الحدود فإن عمله لا ينفذ فى حق الأصيل وهذا هو الأصل، ولكن يرد على هذا الأصل استثناءات: أولهما أن الأصيل قد يقر العمل الخارج على حدود الوكالة وفى هذه الحالة ينفذ ذلك العمل من تاريخ وقوعه وليس من تاريخ الإقرار، وثانيهما: أن النائب قد ينيب غيره فى تنفيذ الوكالة. ولذلك سوف نتناول إنابة النائب غيره فى القيام بأعمال الوكالة والتعاقد مع النفس باعتباره صورة من صور مجاوزة النائب حدود نيابته وأخيراً على النتائج المترتبة على خروج النائب على حدود نيابته:

الاستنابــة

الأصل فى الشريعة الإسلامية الغراء هو امتناع النائب عن إنابة غيره ما لم يأذن له الأصيل فى ذلك صراحة[راجع فى ذلك: ابن عابدين(*)□ جـ٤ صـ٤١٧، ٤٢٨، المبسوط فى الفقه الحنفى(*)□- للسرخسى - جـ١٩ صـ٣١، نهاية المحتاج(*)□ جـ٤ صـ٢٩- للرملى.] إلا أن الفقهاء يستثنون من هذا الحظر الحالة التى تكون فيها طبيعة التصرف تقتضى إنابة الغير، وبالتالى فإن مكنه النائب تتقيد فى الفقه الإسلامى فى موضوع الاستنابة بطبيعة التصرف الذى يستدعى ذلك فإذا أناب غيره بغير داع من الدواعى المقررة شرعاً كان عملة خارجاً عن حدود نيابته، وأن هذا العمل غير ملزم للأصيل فيما خرج عن حدودها.

التعاقد مع النفس

إن الأصل منع التعاقد مع النفس فى الفقه الإسلامى وتعاقد الشخص مع نفسه له صورتان:

الصورة الأولى: أن يتولى الشخص العقد أصيلاً عن نفسه ونائباً عن غيره، كمن وكل فى بيع شىء فيشتريه لنفسه بصفته أصيلاً ويبيعه عن الموكل بصفته نائباً، فالبيع غير جائز لأن ذلك سيؤدى إلى تعارض الأحكام لأن الشخص فى البيع من نفسه لا يستقصى فى الثمن عليه والواحد فى باب البيع إذا باشر العقد من الجانبين يؤدى إلى قضاء الأحكام فإنه يكون مسترداً مستقصياً قابضاً مسلماً مخاصماً فى العيب ومخاصَماً وفى ذلك من التضاد ما لايخفى وإذا أذن الموكل لوكيله أن يبيع من نفسه - فلا يعتد أيضاً بهذا الإذن فى المذهب الحنفى ويبقى البيع غير جائز[راجع فى ذلك. المبسوط فى الفقه الحنفى - جـ١٩ صـ٣٢ - السرخسى.].

الصورة الثانية: أن يكون الشخص نائباً عن الجانبين - وهذا غير جائز أيضاً فى المذهب الحنفى، لأن حقوق العقد تنصرف فى المذهب الحنفى إلى الوكيل، فتنصرف إذاً إلى الوكيل بالبيع إذا كان موكلاً بالشراء أيضاً فتوجد حقوق متعارضة فيكون الشخص الواحد فى زمن واحد مسلّما ومُتسلماً طالباً ومطلوباً. ولذلك لا يجوز للشخص الواحد أن يكون وكيلاً عن الجانبين فى البيع وأشباهه، ولكن يصلح أن يكون رسولاً من الجانبين لأن الرسول لا يكتسب الحقوق ولا يتحمل بالالتزامات غير أنه مجرد ناقل لوجهه نظر الطرفين، وهكذا فإن الفقه الإسلامى قد حظر التعاقد مع النفس=

=ولكنه استثنى من ذلك حالتين:

الأولى: أن يبيع الأب أو الجد مال الصغير من نفسه أو يبيع ماله من الصغير ويجوز له ذلك ولو بغبن يسير على الصغير وليس بالغبن الفاحش -هذا إذا كان المولى حسن التدبير أو مستور الحال، إما إذا كان سيئ التدبير فتشترط الخيرية، وفسرت بأنها النفع الظاهر وقيل إنهما البيع بالضعف أو الشراء بالنصف فى العقار، وفى المنقول البيع بزيادة الثلث والشراء بنقص الثلث وهذا هو مذهب الحنفية والحنابلة.

الثانية: حالة الوصى المختار من الأب أو الجد فله أن يبيع مال الصغير من نفسه أو يبيع ماله من الصغير - وهنا تشترط الخيرية دائماً أى النفع الظاهر للصغير وتحريم تعاقد الشخص مع نفسه فى الفقه الإسلامى أقرته المذاهب الأربعة وذلك لتعارض المصلحة.

ما يترتب على خروج النائب على حدود نيابته

يجب أن تجرى النيابة فى الحدود المرسومة لها فى عقد الوكالة فإذا جاوز النائب هذه الحدود - أى إذا خرج الوكيل عن الحدود المرسومة للوكالة- لا ينفذ العقد فى حق الأصيل، إذ ينقلب الوكيل فضولياً فى هذه الحالة وحينئذ لا ينفذ العقد فى حق الموكل فيما جاوز الحدود إلا إذا أقره فينقلب التصرف المجاوز للحدود صحيحاً من تاريخ مباشرة النائب له.

ويوجد فى الفقه الإسلامى ما يسمى بحكم العقد - أى الغرض الأساسى منه - كنقل ملكية المبيع إلى المشترى ونقل ملكية الثمن للبائع فى عقد البيع، وهناك ما يسمى بحقوق العقد وهى الآثار المترتبة على التصرف مثل الحق فى التسليم فى عقد البيع والحق فى القبض والحق فى الضمان.

وحكم العقد فى الفقه الإسلامى ينصرف دائماً إلى الأصيل - قولاً واحداً فى جميع المذاهب، أما حقوق العقد فالمذهب الحنفى يصرفها للوكيل وعلى ذلك إذا جاوز الوكيل حدود وكالته فإن حكم العقد لا ينصرف إلى الأصيل إلا بالإقرار أما الحقوق فإنها تنصرف إلى الوكيل فى عقد البيع، وفى هذه الحالة فإن حكم العقد فيما جاوز فيه النائب حدود الوكالة ينصرف أيضاً للوكيل، لأن القاعدة الشرعية أن العقد إذا وجد نفاذاً فلا يتوقف.

ثالثاً: أن يعمل النائب لحساب الأصيل - باسمه خاصة - أو باسم الأصيل:

هذا الشرط من شروط تحقق النيابة يخالف ما هو مقرر فى الفقه الحديث -حيث يجب أن يعمل النائب باسم الأصيل، فإذا تعامل النائب باسمه خاصة - تجرى أحكام النظام المعروف بالإسم المستعار فى الفقه الحديث حيث تنصرف آثار العقد إلى النائب الذى يكون عليه بعد ذلك نقل هذه الآثار إلى الأصيل وهذا يعنى أنه لا نيابة هنا، وليس لنظام الاسم المستعار نظير فى الفقه الإسلامى إذ الأصل أن يضيف الوكيل العقد إلى نفسه لا إلى الموكل وإن كان لا يمنع من أن يضيف العقد إلى موكله ويجب عليه ذلك فى بعض العقود، فإذا أضاف الوكيل العقد إلى موكلة فالنيابة كاملة فى الفقه الإسلامى كما هو الحال فى الفقه الحديث، أما إذا أضاف الوكيل العقد إلى نفسه أى عمل باسمه خاصة - وإنما لحساب الموكل حسب نيته فى ذلك- فالنيابة أيضاً متحققة فى الفقه الإسلامى.

ولقد اختلف الفقه الإسلامى حول حكم العقد وحقوقه، فأبو حنيفة يرجع حكم العقد إلى الموكل أما حقوق العقد فترجع إلى الوكيل وهو فى ذلك قريب من القانون الرومانى على النحو الذى تقدم، فى حين أن الشافعى يرجع حكم العقد وحقوقه إلى الموكل دون الوكيل وهو فى هذا يتفق مع القانون الحديث[راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهورى - نظرية العقد- منشورات محمد الداية - بيروت لبنان - د.ت ج١ ص٢٠٩، ٢١٠.].

وبذلك فإن الفقه الإسلامى لم يعرف نظام الوكالة بالتسخير المعروف فى التشريعات الوضعية الحديثة: أحد النظم القانونية لإبرام التصرفات القانونية.

تطورت كل منها مع مرور الزمن حتى تبلورت فى صورتها الحالية كنظام قانونى، ومن المبادئ المستقرة والراسخة فى القانون الرومانى أنه لا نيابة إطلاقاً فى القانون الرومانى القديم، وسوف نعرف أن مبدأ النيابة لم يتقرر أبداً كأصل عام فى مختلف مراحل تطور القانون الرومانى، ولكن امتناع النيابة كأصل عام لم يعد مطلقاً فـى المراحل اللاحقة لتطور القانون الرومانى وسوف نستعرض بعض الصـور التـى تعتبر أهم مجالات فكرة النيابة، وذلك للوقوف على مكانها من نظرية النيابـة فـى القانون الرومانى، وكذلك ظهور فكرة النيابة غير المباشرة بعد ذلك والتى يسـتطيع الشخص من خلالها الاستفادة من تصرفات الغير، وإن كان هذا الأثـر لا يحـدث تلقائياً ومباشرة بمجرد إبرام العقد، ومن ثم لا يؤدى إلى اختفاء الشخص الذى قـام بهذا التصرف من مسرح التعاقد، بل إن الآثار المترتبة على هذا التصرف تنصرف فى ذمة الشخص الذى أبرم التصرف ثم يقوم بعد ذلك بنقل هذه الآثـار بعمليـات قانونية مستقلة إلى ذمة الأصيل ولتوضيح ذلك نقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع:

الفرع الأول: أهم مجالات فكرة النيابة فى القانون الرومانى.

الفرع الثانى: النيابة فى التصرفات القانونية فى القانون الرومانى.

الفرع الثالث: ظهور فكرة الوكالة بالتسخير فى القانون الرومانى.

الفرع الأول

أهم مجالات فكرة النيابة فى القانون الرومانى

تعتبر الوصاية من النظم الرومانية العريقة فى القدم حيث كان للصغير المميز أن يتصرف فى ماله على أن يعتبر تصرفه موقوفاً على إجازة الوصى وكان من الطبيعى أن تنشأ الحقوق والالتزامات فى ذمة الصغير نفسه، لأن العقد قد صدر عنه هو واقتصر دور الوصى فيه على الإجازة، ولا يوجد فى نظام الوصاية هذا إعمال لفكرة النيابة[١] إن الرومان لم ينظروا فى الأصل إلى الوصى على أنه نائب ينوب عن القاصر ولكن الوصاية هى فى الأصل عبارة عن سلطة من سلطات وأن الوصى يعمل بمقتضى هذه السلطة لا لمصلحة الغير ولكن لمصلحة الورثة الاحتماليين وأنه يتصرف فى أموال الصغير كما لو كان مالكاً لها، ولذلك فإن التصرفات القانونية التى تصدر عن الوصى لا تحدث أثرها ابتداء فى ذمة الصغير، بل إن أثرها لا يظهر فى ذمة الصغير إلا بعد أن يقوم الوصى بنقل الحق الذى اكتسبه أو بحوالته إلى ذمة الصغير، وكان الوصى يستطيع أن يحوز الأشياء نيابة عن الصغير كما كان يستطيع أن ينوب عنه فى عقد القرض ولكن هذه التصرفات لم تكن ممكنة إلا بعد أن اعتبرت النيابة جائزة فى مسائل الحيازة وفى عقد القرض[٢]، ففى حين نجد أن العقد إذا عقده غير الأصيل بوجه عام لا تنشأ عنه حقوق فى ذمة هذا الأصيل حيث يستطيع الصغير أن يقاضى الغير مباشرة ليطالب بحق نشأ عن تصرف الوصى وهذه الدعوى لم تكن من الدعاوى المدنية بل كانت من الدعاوى البريطورية. إن الدعوى البريطورية التى كان يمنحها البريطور فى بعض الحالات الخاصة للمطالبة بتنفيذ التزام نشأ عن عقد قام به غير الأصيل، هذه الدعوى كانت تقوم جنباً إلى جنب مع الدعوى المدنية التى كان يمكن دائماً توجيهها إلى العاقد نفسه، أما فى الوصاية فإن البريطور لم يكتف بمنح الدعاوى القائمة على المصلحة ولكنه منح أيضاً دفوعاً يستطيع الوصى بواسطتها أن يعطل الدعوى المدنية التى قد يوجهها ضده مع من تعاقد معه من الأغيار، كما يستطيع

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ شفيق شحاته - نظرية النيابة فى القانون الرومانى والشريعة الإسلامية - بحث منشور فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية عام ١٩٥٩ - العدد الأول صـ١.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد المنعم البدراوى - المرجع السابق صـ٥٤٨.

الغير المتعاقد مع الوصى أن يعطل بواسطتها الدعوى التى قد يوجهها إليه هذا الوصى[١].

وفى الوكالة بالخصومة نجد أن الأصل فى نظام الوكالة بالخصومة فى القانون الرومانى هو أن الوكيل بالخصومة ينوب عن المدعى أو عن المدعى عليه الذى كان يعينه لذلك بعبارات شكلية مقررة ينطق بها أمام الخصم، وهذا هو الوكيل بالخصومة، وقد اختفى تماماً فى عهد جوستنيان بعد أن كان قد حل محله الوكيل العام المسمى. فإذا ما أقام الوكيل بالخصومة أو الوكيل العادى الدعوى على الخصم فإن الحكم يصدر فعلاً باسم ولمصلحة الوكيل لا الأصيل أو ضد الوكيل لا الأصيل[٢].

ولكن بعد ذلك وفى زمن متأخر منح الأصيل دعوى تنفيذ الحكم الصادر باسم ومصلحة الوكيل، واستطاع بموجب هذه الدعوى أن يطالب بما قضى به الحكم الصادر باسم الوكيل، كما أصبح الخصم الصادر لصالحة الحكم أن يقاضى الأصيل عن طريق هذه الدعوى نفسها فيحصل منه على ما قضى به الحكم على وكيله، وكان اللجوء إلى هذه الوسيلة مقيداً بشروط منها أن يكون الوكيل العام قد عمل بحضور الأصيل أو أن يكون بيده توكيل ثابت.

وفى نظام الأشخاص الخاضعين لسلطان رب الأسرة فى القانون الرومانى كان للأرقاء وللأبناء الخاضعين لسلطان رب الأسرة التصرف نيابة عن رب الأسرة، وقد اختفت النيابة اختفاء تاماً طوال العهود الأولى من تاريخ القانون الرومانى، ويرجع ذلك إلى أن الشخص كان يستطيع الاستعانة بأرقائه وبأبنائه عندما يريد التصرف بواسطة الغير، وخير دليل على ذلك أن النيابة فى التقاضى لم تظهر على الوجه الذى بيناه من قبل إلا لأن هؤلاء الأرقاء والأبناء كانوا محرومين تماماً من أهلية التقاضى، والثابت أن العبد أو ابن الأسرة كان يستطيع منذ البداية أن يكسب لرب الأسرة حقوقاً، فقد كان يستطيع أن يكسب له ملكية الأشياء عن طريق المعاطاه الشكلية أو عن طريق التسليم والتسلم بل كان يستطيع أن يكسب له الحقوق الشخصية عن طريق التعهد أو عن طريق آخر والواقع أن الأشخاص الخاضعين

١) راجع فى ذلك: دكتور/ شفيق شحاته – البحث السابق الإشارة إليه – صـ٣.
٢) راجع فى ذلك: دكتور/ شفيق شحاته – البحث السابق الإشارة إليه – صـ٥.

لسلطان رب الأسرة كانوا فى هذا كله لا ينوبون عن رب الأسرة فـــى تـــصرفاتهم تلك، بل كانوا يستعملون حقه فى التملك، فقد كانوا يعتبرون مجرد أداة مـــن أدوات التملك فما يحصل عليه العبد يعتبر ملكاً لسيده بالالتصاق، والدليل على ذلك أن العبد أو الابن لا يعتبر أى منهما نائباً عن رب الأسرة فى التصرف المكسب نجده فى أن الشيء أو الدين يصبح من حق رب الأسرة بموجب ذلك التـصرف، ولـو كـان التصرف قد تم بغير إرادة رب الأسرة أو بغير علمه، ولم تستقر الأمور على هـذه الحال ففى ظل القانون البريتورى أصبح الابن أو العبد يستطيع أن ينشئ فى ذمـة رب الأسرة التزامات شاغله لها، وقد توصل البريتور إلى ذلك بمنحـه الـدعاوى المسماه بالدعاوى ذات الصفة الإضافية، وهى دعوة الحوزة والإثراء بـلا سـبب، ودعوى الأمر ودعوى التجارة البرية، ودعوى التجارة البحرية[1].

وبذلك نستطيع أن نؤكد أن فكرة النيابة المعروفة لنا فى الوقت الحاضر لـم تتحقق فى القانون الرومانى فى صورة الوصاية أو الوكالة بالخصومة أو تـصرف الإبن أو العبد بدلاً عن رب الأسرة، لأنه فى هذه الصورة لم تحـل إرادة شـخص محل إرادة شخص آخر فى التصرف القانونى الواحد، بل إن إرادة الأصيل ظلـت بمنأى عن التصرف القانونى وإن كانت شرطاً من شروط الرجـوع عليـه وهـذه الإرادة تعتبر مقطوعة الصلة تماماً عن إرادة المتصرف ذاته.

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ شفيق شحاته – البحث السابق الإشارة إليه – صـ١٠.

الفرع الثانى
النيابة فى التصرفات القانونية فى القانون الرومانى

كانت طرق نقل الملكية فى القانون الرومـانى هـى الإشـهاد والـدعوى الصورية، وكلاهما تابع للقانون المدنى، ثم التسليم وهو من نظام قانون الشعوب[١] ولم يبق من هذه الطرق فى عهد جوستنيان سـوى التـسليم بعـد زوال الإشـهاد والدعوى الصورية.

ومن المعروف أن الملكية تنتقل فى القانون الرومانى من شخص إلى آخـر إما عن طريق التصرف الشكلى المسمى بالمعاطاه وإما عن طريق النزول القضائى الذى يتخذ صورة الدعوى أو عن طريق التسليم المجرد عن الشكليات، ولا شك أنه لا نيابة على وجه الإطلاق فى المعاطاه الشكلية أو فى النزول القضائى ولكن فـى عهد جوستنيان أصبح الطريق الوحيد لكسب الملكية هو التسليم. وينطوى التصرف الناقل للملكية فى عهد جوستنيان على تسليم الشيء ونيـة التـصرف أو التملـك، والسبب الصحيح لذلك، وأما عن تسليم الشيء فإنه يعتبر عملاً ماديـاً تنتقـل بـه الحيازة من يد إلى يد والشيء الذى يمكن نقله من حيز إلى حيز آخر بفعل المالك، هو نفسه يمكن نقلة بفعل أى شخص آخر، لأن التسليم يعتبر عمـلاً ماديـاً بحتـاً، وبذلك يستطيع أن يقوم به أى شخص باعتبار أنه مجرد أداه. وأما عنـصر النيـة فالأصل أن الملكية لا تنتقل إلا إذا توافرت عند من انتقلت إليه الملكية نية التملـك فإذا ما تم التسليم بواسطة الغير يكفى أن تتوافر نية التصرف عند المالـك فالعمـل المادى وحده هو الذى يقوم به الغير أما النية فهى نية المالك وكذلك إذا تم القـبض بواسطة الغير فإن النية المعتبرة هى نية الأصيل. ويجب أن يتوافر السبب الصحيح وإن لم يكن العقد قد صدر عن الأصيل فليس فى النصوص ما تقتـضى أن يكـون البيع مثلاً صادراً عن المالك نفسه، ومن ثم يستطيع الوكيل العام أن يعقد بنفسه عقد البيع فإذا ما عقده اعتبر سبباً صحيحاً للتسليم الذى يصدر عنه بعد ذلك ويؤدى إلى انتقال الملكية، وبذلك فإن التصرف الناقل للملكية بعناصره الثلاثة يمكن أن يـصدر

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد المنعم البدراوى – المرجع السابق – صـ٢٢٢.

من شخص آخر غير الأصيل، وهو يؤدى إلى نقل الملكية كما لو كان قد صدر عن الأصيل تماماً[١].

قد تكون الواقعة القانونية من فعل الإنسان فتكون واقعة قانونيـــة اختياريـــة مثال ذلك الاستيلاء على المال المباح أو التحويل فى تملك مال الغير، والاســتيلاء على الشيء المباح يجعل الشيء مملوكاً لمن استولى عليه، وسبب كسب الملكية فى هذه الصورة واقعة الاستيلاء وهى واقعة مادية ذات أثــر قــانونى، والنــصوص صريحة فى أن الاستيلاء قد يقع بواسطة الغير فإذا استولى أحد الأشــخاص علـــى الشيء المباح لمصلحة شخص آخر كسب ذلك الشخص الآخر ملكية الشيء، هذا مع العلم بأن الاستيلاء ينطوى على عنصر معنوى وهو نيه التملك. وكــذلك تحويـــل الأشياء يؤدى إلى انتقال ملكيتها باعتباره واقعة قانونية، فلو حول خادم قطعة مـــن الرخام مملوكة للغير إلى تمثال انتقلت ملكية الرخام الذى تحول هكذا بواسطة الخادم إلى ملك سيدة، فالتحويل وإن انطوى على عنصر معنوى شأنه فـــى ذلـــك شـــأن الاستيلاء ينسب إلى الأصيل نظراً لأنه بطبيعته واقعة ماديـــة ذات أثـــر قـــانونى ويحدث أثره كاملاً فى ذمة الأصيل لا فى ذمة الوسيط.

وقد لا تحدث الواقعة القانونية بفعل يأتيه الشخص مختاراً ومثال ذلك واقعة دفع غير المستحق، ومن المعروف أن من قام بدفع ما لا يجب عليه دفعه اعتقـــاداً منه بوجوبه عليه يستطيع أن يسترد ما أُخذ منه بغير وجه حق، وهذا الأثر القانونى لواقعة دفع غير المستحق يعتبر تطبيقاً من تطبيقات نظرية الإثراء بلا سبب. وفـــى القانون الرومانى إذا تم دفع غير المستحق بوساطة الغير تنشأ دعـــوى الاســترداد لمصلحة الأصيل مباشرة، وكذلك لو تسلم الوكيل مبلغاً لم يكن الموفى ملتزمـــاً بـــه رفعت دعوى الاسترداد على الأصيل مباشرة، وقد وردت النصوص الخاصة بواقعة دفع غير المستحق مع النصوص الخاصة بالقرض بوساطة الغير وأن الحلول التـــى تضمنتها هاتان الواقعتان استثناء من مبدأ اللانيابة[٢].

والأعمال المادية البحتة يمكن أن تتم بواسطة أى شخص، وفى الواقـــع إن هذه الأعمال لا تندرج بحال من الأحوال تحت معنى النيابة، ولما كانت الوكالة قـــد

١) راجع فى ذلك: دكتور/ شفيق شحاته – البحث السابق الإشارة إليه صـــ١٨.
٢) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد المنعم البدراوى – المرجع السابق صـــ٢٢٥.

ترد فى القانون الرومانى على الأعمال المادية البحتة فضلاً عن الأعمال القانونيــة وعلى ذلك إذا قام الوكيل بهذه الأعمال أضيفت آثارها إلى الموكل، ومن ذلك أنه فى باب الإجارة يستطيع أى شخص أن يقوم بتنفيذ الالتزام بتسليم العين المؤجرة كمــا يستطيع أى شخص أن يقوم بتنفيذ الالتزام بنسخ مخطوطة مثلاً.

والنيابة الواقعية لم تتحقق فى العقود العينية بسبب تعامــل الوكيــل باســم الأصيل فيها ولكنها تحققت لما انطوت عليه هذه العقود من عنصر مادى أدى إلــى تقبل الوساطة فيها، أما التعامل باسم الغير فيها فقد اقتضته بالضرورة ظاهرة نشوء الالتزام فى ذمة غير العاقد على أنه من المسلم به أنه لو صدر أى عقد من العقــود مضافاً إلى الأصيل وموافقاً تماماً لما أمر به الأصيل فإنه يعتبر صادراً عن الأصيل نفسه، وتترتب عليه حقوق والتزامات فى ذمة ذلك الأصيل، ويقال فــى العــادة إن العقد فى هذه الصورة لا يكون صادراً عن وكيل بل يعتبر صادراً عــن رســول، ويكون عمل الرسول فى هذه الحالة عملاً مادياً بحتاً يمكن إضافته إلى الأصيل دون أن تكون هناك نيابة بالمعنى الصحيح، وقد نقل القانون الرومانى منذ أقدم العصور فكرة الرسالة والتى كانت أثراً بالغاً فى نظام قانونى لا يأخذ بنظرية النيابة، وتؤكد النصوص أن جميع العقود الرضائية كالبيع والإجارة يمكن أن تنعقد بطريق الرسالة فى الوقت الذى استعصت فيه هذه العقود على فكرة النيابة، فى حين أنه لا توجــد إشارة إلى الرسول فى النصوص الخاصة بالعقود العينية حيث أمكن تحقق النيابــة الواقعية على أن الأثر المباشر للنيابة - وهو انصراف آثار تصرف النائب فى ذمة الأصيل مباشرة - وهو الخاصة البارزة لنظام النيابة فى القوانين الحديثة لم يكــن مسلماً به فقهاء الرومان على إطلاقه بل إن القاعدة فى القانون الرومــانى كانــت انتفاء ذلك الأثر المباشر، وكان الاستثناء هو وقوعه فى حالات معينة أغلبها ما كان متعلقاً بنيابة الأشخاص الخاضعين لسلطة رب الأسرة كالابن والرقيق فى جعل رب الأسرة دائناً بإطلاق، وفى جعله مديناً فى حالات خاصة وفى حدود معينة، أما مــن كان غير خاضع لسلطة غيره فلا يكون قيامه بالتصرف لحساب ذلك الغير، منتجــاً لأثر مباشر وإنما كانت آثار التصرفات تقع فى ذمة النائب الذى لا يعرف المتعاقــد الآخر معه، ثم تطور القانون الرومانى فأعطى الغير المتعاقد مع النائب دعوى قبل الأصيل إلى جانب دعواه قبل النائب إلا إذا كانت النيابة قانونيــة كنيابــة الوصــى

والقيم، فقد كان للنائب فى هذه الصور دفع يدفع به دعوى الغير ضده بحيث لم يكن للغير أن يرجع الا على الأصيل فكانت النيابة فى هذه الصور نيابة كاملة ذات أثـر مباشر[١].

ومبدأ انتفاء النيابة فى القانون الرومانى القديم إتسم بـالإطلاق، نظـراً لأن المبدأ السائد آنذاك فى القانون الرومانى هو اللانيابة فى التعاقد، وبناء عليـه فكـل تصرف لم يتم إبرامه باسم من أجراه يعد باطلاً حيث يتعين أن يتصرف كل شخص بنفسه ولنفسه فلا محل لإمكانية توكيل الغير فى إبرام عقد ينـصرف أثـره لغيـر الطرف الذى أبرمه.

ولقد عجز الرومان عن إيجاد فكرة النيابة فى التعاقد وظلوا متشبثين بمبـدأ اللانيابة على إطلاقه انطلاقاً من الفكر الرومانى القديم ذى القوالب الجامـدة حتـى آخر مرحلة من مراحل تطور القانون الرومانى، وترجع علة قاعدة اقتصار آثـار التصرف فى القانون الرومانى على الشخص الذى أجرى التصرف القانونى، وعدم التسليم بقاعدة الأثر المباشر للنيابة إلى الاعتبارات التالية:

١- أن السياسة الشرعية للمقنن الرومانى كانت تهدف دائماً إلـى رعايـة الاستقلال الاقتصادى للفرد الحر تمييزاً له عن الرقيق، وقد اقتضت رعايـة هـذا الاستقلال ألا ترجع آثار تصرف الفرد إلا على نفسه دون غيره، وهذا يعد نوعاً من الاعتزاز بكبرياء ومكانة الفرد الحر لدى الرومان الذى لا يجوز أن يحـل محـل شخصيته شخصية أخرى، ويؤيد ذلك أن نيابة الأشخاص الخاضعين لـسلطان رب الأسرة كانت مقررة فى أول الأمر فى كل ما يجعل رب الأسرة دائناً ثم امتدت إلى جعله مديناً فى بعض الأحوال المعنية بينما لم تتقرر نيابة الأفراد الأحرار بعـضهم عن بعض إلا بعد تطور طويل وفى أحوال خاصة[٢].

---

1) Guraaz: l'annulation de la commission logatire et les lemanie ments sur venus sui elle selon les, exigences du travail, Manual élémensaire Ed. 6, p. 678-690 et K orneel: le Droit Romain, Bruxelle 1921. et KiK: Manual des institutions juridiques des Romains P, 403-411, 1928 paris.

دكتور/ شفيق شحاته - البحث السابق الإشارة إليه - صـ١١١ وما بعدها، دكتور/ عبد الـرزاق السنهورى - نظرية العقد بند ٢٠١- الوسيط فى شرح القانون المدنى - جـ١(*)□ بند ٨٣.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد المنعم البدراوى - المرجع السابق عام ١٩٥٢ - صـ٥٥٠ وما بعدها.

٢- أن الشكلية التى كانت الطابع المميز للقانون الرومانى لم تكن لتسمح بأن تتجاوز آثار التصرف الشخصى الذى تولى الطقوس والأشكال التى يقوم عليها التصرف إلى شخص آخر لم يشترك فى تلك الطقوس والأشكال.

٣- أن النظرة الرومانية إلى الالتزام نظرة شخصية بحته، ومنطق المذهب الشخصى فى الالتزام يقتضى ألا يتعدى الالتزام أشخاص القائمين بالتصرف القانونى الناشئ عنه الالتزام إلى غيرهم ممن لم يشترك فى إبرام التصرف، ومن هنا كان من القواعد المقررة فى القانون الرومانى أن «العقود لا تتعدى لغير أطرافها بنفع ولا ضرر» وأن «حكم العقود الاقتصار» وأن «لا شبهة فى عدم إلتزام إنسان بعقد غيره»[١]، على أن قاعدة انتفاء النيابة فى القانون الرومانى وإن كانت وليدة المنطق القانونى الرومانى البحت، والمعتقدات الرومانية التى كانت سائدة وهى أن العقود لا تتعدى آثارها لغير أطرافها إيجاباً أو سلباً واقتصار آثار العقد على أطرافه، إلا أن الرومان ما لبثوا أن واجهو التعارض الذى قام بين ذلك المنطق المجرد وبين ضرورات العمل، ومن هنا وجدت فى القانون الرومانى الأوضاع المتعددة التى تخفف من وطأة القاعدة الأصلية وهى قاعدة انتفاء النيابة فى التعاقد وسار تطور القانون الرومانى سيراً حثيثاً نحو التوسع فى إقرار النيابة، ولم يصل القانون الرومانى حتى فى أواخر مراحل تطوره إلى حد تصور أن العقد يمكن أن يعقده شخص فتقع آثاره لغيره فلم يعترف الرومان بذلك صراحة بل اعتبروا ذلك بمثابة استحالة قانونية[٢]، وتطبيقاً لذلك إذا وكّل شخص آخر فى إبرام تصرف قانونى فإن العاقد يكون هو الوكيل وليس الموكل وتبعاً لذلك تنصرف آثار التصرف إليه ولا يجوز للأصيل كقاعدة أن يحتج بأنه طرف فى العقد باعتبار أن نائبة هو الذى أبرمه بل يظل هذا الأصيل بمعزل عن آثار التصرف الذى أُبرم إلى أن يقوم وكيلة بنقل آثاره إليه بناء على تصرف قانونى آخر وليس ترتيباً مباشراً للتصرف الذى أبرمه الوكيل.

---

١) راجع فى ذلك: عبد العزيز فهمى - قواعد وآثار فقهية رومانية: منشورات كلية الحقوق -جامعة فؤاد الأول- القاهرة ١٩٤٧ - صـ٤٦.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ أحمد حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام ١٩٥٤□ - صـ٩١.

الفرع الثالث

ظهور فكرة الوكالة بالتسخير فى القانون الرومانى

على أن قاعدة انتفاء النيابة فى القانون الرومانى وإن كانت وليدة المنطق القانونى الرومانى البحت والمعتقدات الرومانية التى كانت سائدة، وهى أن العقود لا تتعدى آثارها لغير أطرافها إيجاباً أو سلباً واقتصار آثار العقد على أطرافه، إلا أن الرومان ما لبثوا أن واجهوا التعارض الذى قام بين ذلك المنطق المجرد وبين ضرورات العمل ومن هنا وجدت فى القانون الرومانى الأوضاع المتعددة التى تخفف من وطأة القاعدة الأصلية وهى قاعدة انتفاء النيابة فى التعاقد، وسار تطور القانون الرومانى سيراً حثيثاً نحو التوسع فى نظام النيابة وإن كان ذلك القانون لم يبلغ قط مرحلة اقرار النيابة المباشرة كنظام عام شامل كما هو الشأن فى القوانين الحديثة. وظل العقل الرومانى متأثراً بشكل مطلق على ما يبدو فى ارتباط شخص بنتائج تصرف غيره من خروج ظاهرى على طبائع الأشياء، فلم يصل القانون الرومانى حتى فى أواخر مراحل تطوره إلى حد تصور أن العقد يمكن أن يعقده شخص فتقع آثاره لغيره، فلم يعترفوا بذلك صراحة بل اعتبروا ذلك بمثابة استحالة قانونية[١] وتطبيقاً لذلك إذا وكل شخص آخر فى إبرام تصرف قانونى فإن العاقد يكون هو الوكيل وليس الموكل وتبعاً لذلك تنصرف آثار التصرف إليه، ولا يجوز للأصيل كقاعدة أن يحتج بأنه طرف فى العقد باعتبار أن نائبه هو الذى أبرمه بل يظل هذا الأصيل بمعزل عن آثار التصرف الذى أبرم إلى أن يقوم وكيله بنقل آثاره إليه بناء على تصرف قانونى آخر وليس ترتيباً مباشراً للتصرف الذى أبرمه الموكل، والنصوص الرومانية التى تؤيد ذلك عديدة[٢] ثم ما لبث أن تطور القانون الرومانى فأعطى للغير المتعاقد مع النائب دعوى قبل الأصيل بجانب دعواه قبل النائب اللهم إلا إذا كانت النيابة قانونية كنيابة الوصى والقيم فقد كان للنائب فى هذه الصور دفع يدفع به دعوى الغير ضده بحيث لم يكن للغير أن يرجع إلا على

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ أحمد حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام سنة ١٩٥٤□ صـ٩١، دكتور/ شفيق شحاته - البحث السابق الإشارة إليه صـ١١٠، دكتور/عبد الرزاق السنهورى - نظرية العقد (سابق الإشارة إليه) جا(*)□ بند ٨٢.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ طه عوض غازى - النيابة التعاقدية فى القانون الرومانى والشريعة الإسلامية - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس ١٩٩١ صـ٢٧٦، ٢٧٧.

الأصيل فكانت النيابة فى هذه الصور نيابة كاملة ذات أثر مباشر[1] وإذا كان مبدأ انتفاء النيابة فى التعاقد قد ظل مبدأ أصولياً فى ظل أحكام التشريع الرومانى وحتى أواخر عهوده، إلا أن هذا المبدأ كان فيه من الصرامة ما يمكن أن يكون عقبة فى سبيل حاجيات التجارة المتجددة، كما أن فى تغير ظروف المجتمع الرومانى واتساعه ما أدى إلى أن ظهرت مضار هذا المبدأ جلية ولذلك بات ضرورياً أن توجد محاولات للتخفيف من آثار مبدأ انتفاء النيابة فى التعاقد عن الغير، وهذه المحاولات كان الهدف منها الإفلات من النتائج الصارمة لهذا المبدأ، والتى تتبلور فى عدم جواز الإستعانة بالغير فى إبرام عقد أو تصرف تتصرف آثاره المترتبة عليه لغير عاقدية، فالإنسان باعتباره كائناً اجتماعياً يحتاج دوماً إلى الاستعانة بنشاط الأغيار، لأنه لا يمكن أن يحيط بكل التصرفات القانونية ويقوم بها بنفسه، هذا الاحتياج فى المجتمع الرومانى الذى لا يمكن أن يلغى لمجرد اعتناق المشرع الرومانى لنظام يقيد ويحد منه وبالتالى كان طبيعياً أن توجد صور يمكن بمقتضاها الاستعانة بنشاط الغير بحيث تنصرف آثار تصرف هذا الغير إلى شخص الأصيل، وعلى ذلك يمكن القول أن النيابة بمدلولها الفنى المتعارف عليه فى الفكر القانونى الآن وإن امتنعت فى ظل فلسفة المشرع الرومانى كأصل عام إلا أن صور الاستعانة بنشاط الغير لم يجهلها القانون.

وعلى الرغم من بقاء مبدأ انتفاء النيابة عن الغير بمدلولة الوضعى المتعارف عليه والذى يتبلور فى أن شخصاً يبرم تصرفاً باسم وحساب الغير، بحيث تترتب آثار هذا التصرف فى ذمة الأصيل مباشرة دون أن يشارك الأخير فى إبرام التصرف، ويخرج النائب من هذا التصرف ويكون خروجه بأثر رجعى، إلا أن هناك حالات وجدت كان يمكن للشخص أن يستفيد من تصرف الغير وإن كان هذا

---

١) راجع فى ذلك:

Guraaz- La léglé l'Annulation de la commission logatoire et les lemaniéments sur venus sui elle selon les exigences du tiavail, manuel élémentaire, p. 678 et 690.

، دكتور/ شفيق شحاته- البحث السابق الإشارة إليه صـ١١١ وما بعدها، دكتور/عبد الرزاق السنهورى - نظرية العقد بند ١، ٢ الوسيط فى شرح القانون المدنى - جـ١(*)□ بند ٨٣ ،
Korneel: le droit Romain, Bruxelle 1921, p. 309 et 311, KiK: Manuel des institutions juridiques des romains.

الأثر لا يحدث تلقائياً بمجرد إبرام العقد ولا يؤدى إلى زوال شخص من قام بهذا التصرف، بل تنصرف آثار التصرف لمن أبرمه ثم بعد ذلك يقوم بنقل هذه الآثار بعمليات قانونية مستقلة إلى ذمة الأصيل(١) بحيث يمكن القول إنه فى هذه الصور تترتب فى محصلتها النهائية آثار النيابة من حيث انصراف آثار التصرف الذى قام به شخص إلى غيره.

فهذه الصور ترتب الآثار الاقتصادية للنيابة دون أن تتمخض عن التطبيق الحديث للنيابة ومن هذه الصور عقد الوكالة والوصاية والقوامة والفضالة، كما عمل البريتور من جانبه على إيجاد حلول للتخفيف من مضار مبدأ اللانيابة بحيث يمكن بمقتضاها لشخص من الانتفاع بنشاط غيره، وفى الخروج على مبدأ نسبية أثر العقد من حيث شخص عاقدية بحيث يجوز للغير الرجوع على أحدهما. كما يجوز لأحد العاقدين الرجوع على الغير ومثال ذلك ما أوجده البريتور من حالات رجوع الأغيار على رب الأسرة بالالتزامات التى عقدها عبده أو ابن الأسرة، وكذلك الدعاوى البريتورية فى مجال الوصاية وما أوجده الفقه الرومانى فى هذا الصدد، وفى كل هذه الحالات نكون أمام صور للتخفيف من مضار مبدأ انتفاء النيابة دون أن تؤدى هذه الحالات إلى هدم هذا المبدأ مطلقاً.

وقد اختلفت تعبيرات الفقه حول تسمية هذا النوع من حالات التخفيف، فالبعض يطلق عليها النيابة غير المباشرة، والبعض الآخر يرى أنها نيابة ناقصة أو غير تامة، والبعض يرى أنها شبه نيابة، والبعض يرى أنها نيابة واقعية.

فقد ذهب بعض الفقه الحديث(٢) إلى اعتبار هذه النيابة غير المباشرة صورة من صور النيابة المعروفة الآن وتكون صورة النيابة غير المباشرة بترتيب آثار

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ أحمد حشمت أبو ستيت - المرجع السابق - صـ١٢٦ فقرة ١٢٣، دكتور/ حلمى بهجت بدوى - أصول الالتزامات - الكتاب الأول- نظرية العقد ١٩٤٣□ صـ٧٥، دكتور/عبدالرزاق السنهورى - نظرية العقد - جـ١ - صـ٢٠٩، دكتور/ محمد حمدى مكى - الرسالة السابقة - صـ١٩.

2) Nicoleano: la procuration indirecte lettre de paris 1912.

ويرى الدكتور شفيق شحاته تسمية تلك الحالات باسم النيابة الواقعية لأنها من الناحية الواقعية تنتهى إلى نقل آثار التصرف إلى الأصيل ويرى أنها ليست نيابة بالمدلول الفنى لهذه الكلمة لانتفاء خصائص تلك الأخيرة - انظر فى ذلك: دكتور/ شفيق شحاته - الالتزامات فى القانون الرومانى ١٩٥٥□ صـ٤٢٠.

التصرف الذى أبرمه النائب فى ذمته مباشرة ثم يقوم بعد ذلك النائب بنقل تلك الآثار إلى الأصيل، هنا لا نكون أمام نيابة بالمعنى الفنى للنيابة فى التعاقد عن الغير بل نكون أمام أكثر من تصرف لكى تستقر آثار التصرف سواء الإيجابية أو السلبية بمجرد إبرامه للأصيل مباشرة، فالنيابة تتميز بانصراف آثار التصرف مباشرة إلى ذمة الأصيل، ولكن إذا ترتبت هذه الآثار ولو للحظة فى ذمة من أبرم التصرف فهنا لا توجد نيابة، لهذا رفض الفقه اعتبار هذه الصورة نوعاً من النيابة المتعارف عليها. وينتهى الفقه الغالب إلى أنه لا توجد إلا صورة واحدة للنيابة هى النيابة المباشرة[1]، فالأصيل يجب أن يلتزم مباشرة وحالاً بفعل النائب، وهذه الآثار المباشرة التى تلحق بالأصيل وتنشئ علاقات فورية بينه وبين الغير المتعاقد مع النائب تعتبر نتيجة لازمة تترتب على فنية النيابة وأنه بغياب هذه النتيجة يجعلنا نقرر أنه لا نيابة.

لهذا لا تعتبر ما أسموه «نيابة غير مباشرة» نوعاً من النيابة التى نحن بصددها والمتعارف عليها الآن، وأن تلك المسميات التى أطلقها الفقه على حالات التخفيف التى وجدت عند الرومان لا تتفق مطلقاً مع فكرة النيابة بالمفهوم الوضعى الحديث الذى اعتنقه المشرع الفرنسى والمشرع المصرى، فوفقاً لهذا المفهوم الوضعى تقوم النيابة على أساس واضح وهو أن تصرفاً أبرمه شخص باسم ولحساب شخص آخر. هذا التصرف يرتب آثاره مباشرة فى حق الأصيل ويزول من أبرم التصرف تماماً بحيث لا يلتزم بأى أثر من آثاره ولا يقدح فى ذلك القول بأن نتائج التصرف التى ستنتقل فى النهاية من ذمة النائب إلى ذمة الأصيل كانت نتيجة لرابطة قانونية بين هذا الأخير والنائب، وذلك لأن هذه العلاقة الداخلية بينهما متميزة تماماً ومستقلة عن النيابة التى تتمخض عن إيجاد علاقات غيرية أى علاقات خارجية بين الأصيل والمتعاقد مع النائب مباشرة، وما النيابة غير المباشرة إلا

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ أحمد سلامه - مذكرات فى نظرية الالتزام - مصادر الالتزام ١٩٧٥ ص٩٩، دكتور/ جمال مرسى بدر - النيابة فى التصرفات القانونية طبيعتها وأحكامها - رسالة دكتوراه-جامعة الإسكندرية-مطابع البصير بالإسكندرية ١٩٥٤ ص١٣، دكتور/ جميل الشرقاوى- النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام ١٩٩٥ دار النهضة العربية ص٩٨، دكتور/ طه عوض غازى-النيابة التعاقدية فى القانون الرومانى والشريعة الإسلامية - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس عام ١٩٩١ ص٢٨١، دكتور/محمود جمال الدين زكى- المرجع السابق- ص١٠٤.

عبارة عن تصرفات متتابعة قد تؤدى فى النهاية إلى انصراف آثار تصرف الأول للثانى دون أن يكون ذلك نتيجة مباشرة وحالة لقيام النيابة.

ولقد عرف القانون الرومانى النيابة غير المباشرة والتى تقوم على أساس أنه يمكن للشخص أن يستفيد من تصرف الغير وإن كان هذا الأثر لا يحدث تلقائياً ومباشرة بمجرد إبرام العقد، ولا يؤدى ذلك إلى زوال الشخص الذى قام بهذا التصرف من مسرح التعاقد بل تنصرف آثار التصرف إلى الشخص الذى أبرم التصرف ثم بعد ذلك يقوم بنقل هذه الآثار بعد ذلك بعمليات قانونية مستقلة إلى ذمة الأصيل، ومثال ذلك الوكالة والوصاية والقوامة والفضالة حيث كان الوكيل يستطيع أن يتصرف باسمه، وبناء عليه تستقر فى ذمته آثار هذا التصرف ثم يتولى بعد ذلك نقلها إلى ذمة الأصيل بموجب إجراء قانونى مستقل عن العلاقة القائمة بينهما كما أن الوصى يستطيع أن يبرم التصرف باسمه ثم يتولى بعد ذلك نقلها إلى ذمة الصغير وينطبق ذلك فى القوامة والفضالة، كما أن النيابة غير المباشرة تجد تطبيقاتها فى القانون الرومانى فيما أوجده البريتور من رجوع الغير على أحد العاقدين كما يجوز لأحد العاقدين الرجوع على الغير مثل رجوع الأغيار على رب الأسرة بالالتزامات التى عقدها عبده أو ابن الأسرة[1]، وعلى ذلك يمكن القول بأنه فى هذه الصور تترتب فى محصلتها النهائية آثار النيابة وهى انصراف آثار التصرف الذى قام به شخص إلى غيره، وما هذه الصور إلا تطبيق لنظام الوكالة بالتسخير المعروف فى القوانين الحديثة، والتى تقوم على أساس أن يقوم الوكيل بالتعاقد مع الغير باسمه الشخصى على أن تنصرف آثار العقد إلى ذمة الأصيل، وطبقاً للقانون الرومانى فإن الشخص الذى يتعاقد باسمه الشخصى تنصرف إلى ذمته آثار ذلك العقد يظل محتفظاً بهذه الآثار لديه إلى أن يقوم بنقلها بعد ذلك بموجب تصرف قانونى آخر مستقل إلى ذمة الأصيل، وكان توصل القانون الرومانى إلى فكرة النيابة غير المباشرة عن طريق الصور السابق الإشارة إليها هو بمثابة البداية الأولى لنظام الوكالة بالتسخير حيث كان الشخص يستطيع أن يستفيد من تصرف غيره فى إبرام تصرف قانونى مع أحد الأغيار عن طريق وكيلة على

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد المنعم البدراوى - المرجع السابق - صـ٢٢٠.

أن تتصرف آثار هذا التصرف بعد ذلك إليه باعتبـاره الأصـيل وذلـك بموجـب تصرف قانوني مستقل تماماً عن العلاقة القانونية التـي تـربط الوكيـل المسـخر بالأصيل، وبذلك خفف هذا النظام من حدة مبدأ انتفاء النيابة الذي كان سـائداً فـي القانون الروماني والذي اقتضته ضرورات الحياة العملية التي تتطلب أن يسـتعين الشخص بغيره في إبرام تصرف قانوني نيابة عنه، وبذلك يمكننا القول بأن نظـام الوكالة بالتسخير عرفه القانون الروماني وطبقة في حالات كثيرة وذلك كوسيلة في أن يستعين شخص بنشاط غيره في إبرام تصرف قانوني تحول ظروفه دون إبرامه بنفسه هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن نظام الوكالة بالتسخير كان بمثابة طوق النجاة الذي توصل إليه الرومان للإفلات من مبدأ انتفاء النيابة الصارم والذي كـان عن طريقة يستطيع الشخص أن يوكل شخصاً آخر في التعاقد مع الغير ثم يتـولى بعد ذلك الوكيل نقل ثمار العقد إلى الأصيل عن طريق إبرام تصرف قانوني آخر.

المطلب الثانى

الوكالة بالتسخير فى النظام القانونى الفرنسى

يرى العلامة السنهورى[1] أن نظام الأصيل المكتوم فى القانون الأنجليـزى هو فى الواقع مرحلة إلى الأمام فى نظام الاسم المستعار الـذى تعرفـه القـوانين اللاتينية والجرمانية وهو نظام غريب يمتاز به عن غيره، وهذا النظـام لا يجعـل العلاقة مباشرة بين الأصيل والغير بل يتوسط بينهما النائب، ويرجع كل منهما عليه دون أن يرجع أحدهما على الآخر، ووفقاً لهذا النظام يتعاقد النائب باسمه شخصـياً مع الغير ثم يظهر بعد ذلك أنه أراد التعاقد نيابة عن الغير وبالرغم من أنه لم يذكر ذلك وقت التعاقد، وأن الغير الذى تعامل معه إنما كان يتعامل معه بصفته الشخصية لا بصفته نائباً فإن الأصيل المكتوم بعد أن يظهر تكون علاقته مع الغير الذى تعاقد معه النائب علاقة مباشرة، ويسرى فى حقه العقد الذى باشره نائبه، ما دام هذا العقد لم تكن فيه شخصية المتعاقدين محل اعتبار، وما دام يثبت أنه كان يسـتوى لـدى الغير الذى تعامل مع النائب أن يتعامل معه أو مع غيره.

والقانون الألمانى لا يسمح برجوع الأصيل والمتعاقد مع النائب كل منهمـا على الآخر أما القانون الانجليزى فإنه يعطى لكل منهما الحق فى الرجـوع علـى الآخر، ويأخذ قانون الالتزامات السويسرى بنظام الأصيل المتكوم فتنص المادة ٣٢ منه على أنه إذا لم يذكر النائب صفته وقت التعاقد فإن الأصيل لا يصبح دائنـاً أو مديناً بطريق مباشر قبل الغير إلا إذا كان هذا الغير يمكنه أن يستنتج من الظـروف وجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع النائب أو مع الأصيل.

ونظرية الأصيل المكتوم فى القانون الإنجليزى لا تطبق إلا على العلاقـات المالية التى لا اعتبار فيها للشخص، فلا تنطبق على وعد بالزواج أو على إيجـار العمل كما لا تنطبق على العقود الشكلية لأن هذه العقود لا تسـرى إلا فـى حـق الموقعين عليها كما لا تنطبق على الأوراق التجارية ولا فى حالـة مـا إذا كـان الأصيل أجنبى الجنسية.

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهورى - شرح القانون المدنى - نظرية العقد هـامش ٥- صـ٢١٨.

ويبدو من الإطلاع على المادة ٦٢٥/٩١٢ من القانون المدني الفرنسي القديم التي تنص على أن «الوكالة عقد به يؤذن الوكيل بعمل شئ باسم الموكل وعلى ذمته ولا يتم العقد إلا بقبول الوكيل» إن القانون المدني الفرنسي القديم لا يعرف غير الوكالة النيابية أي الوكالة الظاهرة التي يتعامل الوكيل بمقتضاها مع الغير باسم الأصيل لا باسم النائب فتحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل مع انصراف الأثر القانوني إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت عنه، وأنه لا يعرف النيابة غير المباشرة والتي بمقتضاها يتعامل الوكيل باسمه هو مع الغير لحساب الموكل والتي يضاف فيها أثر العقد إلى الوكيل دائناً أو مديناً ولا ينصرف إلى الموكل، ويرجع الموكل على الوكيل بمقتضى عقد الوكالة الذي تم بينهما وهو المعروف بعقد الاستعارة ويسمى أيضاً بالاسم المستعار أو عقد التسخير أو الوكالة المستترة.

والأصل العام في القانون المدني الفرنسي أن يعمل الوكيل باسم الموكل ولذلك جاء النص في القانون المدني ممثلاً لهذا الأصل العام، والتعاقد بطريق التسخير أو الاسم المستعار غير موجود في القانون المدني الفرنسي، ولذلك لم يهتم القانون المدني القديم بالنص عليه وهذا يرجع إلى أن المجتمع الفرنسي مجتمع رأسمالي تحكمه قوانين العرض والطلب بخلاف المجتمع المصري الذي يعتبر مجتمعاً اشتراكياً تتحكم فيه الدولة عرضاً وطلباً كما أن البيئة القانونية الفرنسية تختلف عن البيئة القانونية المصرية واختلاف سلوكيات الأفراد في المعاملات في فرنسا عنها في مصر، وظل موقف المشرع الفرنسي على هذا الحال حتى صدور القانون المدني الجديد حيث لم يأخذ المشرع بنظام الوكالة بالتسخير، وذلك للاعتبارات السالفة الذكر وهذا هو موقف المشرع الفرنسي حتى الآن، ولكن لا أعرف عما إذا كان المشرع الفرنسي سوف يغير موقفة على ضوء المتغيرات والظروف التي تطرأ على المجتمع الفرنسي أم لا هذا ما سوف تثبته الأيام المقبلة.

غير أنه لا يفهم من ذلك أن المشرع الفرنسي قد حرّم الوكالة المستترة ذلك لأنه من المقرر قانوناً أن ما لم يحرمه القانون أو يأمر به فهو مباح، وفي هذا الصدد يقول Dranton[1] «إن المشرع عندما وضع المادة ١٩٥٤ مدني فرنسي وهي

1) T, 18, N:198.

المقابلة للمادة ٩١٢/ ٦٢٥، من القانون المدني القديم، كان أمامه الحالة العملية كثيرة الوقوع وفي الوقت نفسه أراد المشرع أن يعرف الوكالة التي تربط الموكل -لا الوكيل- بالغير مباشرة الذي يتعامل معه الوكيل ليكون له - أي للموكل - بمقتضاها دعوى مباشرة ضد الغير، وذلك بخلاف الحال في القانون الروماني حيث كانت الدعاوى التي تنشأ عن التصرف القانوني الذي يبرمه الوكيل تتركز في الوكيل وحده وفي ورثته من بعده، ولا يكون للموكل دعوى مباشرة مع الغير أو للغير مع الموكل إلا إذا تنازل الوكيل للموكل عن هذه الدعاوى المباشرة».

وبعد أن عرف القانون الفرنسي الوكالة النيابية أي الوكالة الظاهرة وانتشرت وذلك لفوائدها الجمة أخذت الوكالة المستترة نزول تدريجياً غير أنها لم تختفي نهائياً، فقد تحدث عنها Poteeu[١] صراحة في عقد الوكالة وفرق بينها وبين الوكالة النيابية ومن ذلك يتبين أن واضعي القانون المدني عندما قصروا تعريف الوكالة وأحكامها على الوكالة النيابية باعتبار أن الوكالة النيابية أصبحت هي العامة والأصلية لم يقصدوا مطلقاً أن يكون شرط النيابة في الوكالة هو ركن لصحتها، ومن ثم كانت الوكالة المستترة المعروفة بالوكالة بالتسخير هي وكالة صحيحة، على أنه إذا كانت توجد نيابة دون وكالة كما في الوصاية فقد توجد أيضاً وكالة دون نيابة كما في الاسم المستعار[٢].

وقد عرف Pont[٣] الاسم المستعار بأنه هو الوكيل الذي اصطلح على دعوته بالاسم المستعار وهو الذي يعمل باسمه هو مع الغير دون أن يظهر شخصية موكلة.

فالإسم المستعار أو الوكيل المسخر هو وكيل غير نائب في الفقه الفرنسي فهو وكيل عادي عهد إليه موكله بإبرام تصرف قانوني معين مع شخص من الأشخاص مشترطاً عليه أن يبرمه باسمه الشخصي دون أن يظهر شخصية موكله لمن يجرى التصرف معه.

ولم ينص المشرع الفرنسي على التعاقد بطريق الوكالة بالتسخير إذ إن الأصل هو التعاقد بطريق الوكالة النيابية أي الوكالة الظاهرة، وبذلك لا يوجد نص في القانون المدني الفرنسي مماثل لنص المادة ١٠٦ من القانون المدني المصري.

---

1) Poteeu: Alinéa, 87 et 88.
2) DyMoj: 1,L,98.
3) les petits contrats, T, 1, Al, 1679.

المطلب الثالث

الوكالة بالتسخير فى النظام القانونى المصرى

تنص المادة ٦٩٩ من القانون المدنى على أن «الوكالة عقد بمقتضاه يلتـزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل» وعلى ذلك فالوكالة عقد بين طرفين أحدهما يسمى الوكيل والآخر يسمى الموكل بموجبه يلتزم الأول بأن يقـوم بعمـل قانونى لحساب الثانى وهى أحد أوجه النيابة.

ومن المعلوم أنه فى حالة التعاقد بنائب أو وكيل فإن هذا الأخير إنما يكـون -بحسب الأصل- معبراً عن إرادته هو لا عن إرادة من ينوب عنه، ويترتب علـى ذلك أن عيوب الإرادة ينظر فيها إلى إرادة النائب لا إلى إرادة الأصيل، وكذلك أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما إنما ينظر فيها عند النائب لا عند الأصيل، وذلك على ضوء ما ورد بنص المادة ١٠٤ فقرة ١ مدنى.

واستثناء من هذا الأصل، وفى ضوء ما ورد بالفقرة الثانية من المـادة ١٠٤ مدنى فإن النائب إذا كان وكيلاً ويتعامل وفقاً لتعليمات محددة صدرت له من موكله، فإنه يكون فى هذه الحالة معبرا عن إرادة الموكل لا عن إرادته هو[1] فتكون العبرة عندئذ بإرادة الموكل، وعلى ذلك فجوهر النيابة وسر خصوصيتها هو أن التعبيـر الذى يصدر من النائب مترجم عن إرادته هو لا ينتج ولا يرتب أثره القانونى فـى ذمة صاحبة كما هو الأصل فى التعاقد وإنما فى ذمة شخص آخـر غيـره وهـو الأصيل، فليس النائب هو الذى يكتسب ويتحمل ما يرتبه العقد الذى ابرمه من حقوق والتزامات ولكن الأصيل.

وحيث يعطى الفقه[2] للطرف المتعاقد معنيين: أحدهما شكلى بمعنـى الـذى يساهم بإرادته فى تكوين العلاقة التعاقدية، والآخر مادى بمعنـى الـذى يكتـسب ويتحمل ما ترتبه العلاقة التعاقدية من حقوق والتزامات، وبحيث يجتمـع المعنيـين حال إبرام المتعاقد للعقد بذاته، وهذا هو الأصل فإذا تم التعاقد بطريق النيابة كـان

---

١) ولا ينصرف حكم هذا الاستثناء إلى النائب متى كان مصدر نيابته القانون أو القضاء.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/عبد الحى حجازى - النظرية العامة للالتزام - جـ١ - ١٩٦٢ - صـ٦٠٢، ٦٠٣.

هناك انفصام بين مدلول الطرف التعاقدى بمعناه الشكلى ومدلوله بمعناه المادى، وبذلك يكتسب النائب صفة الطرف التعاقدى بمعناه الشكلى فى حين يكتسب الأصيل صفة الطرف التعاقدى بمعناه المادى.

والوكالة العادية التى نصت عليها المادة ٦٩٩ مدنى كما تكون مكشوفة أو ظاهرة فإنها قد تكون مستترة أو خفية وتنص المادة ١٠٥ مدنى على الوكالة الظاهرة فى حين تنص المادة ١٠٦ مدنى على الوكالة المستترة، والحد الفاصل الذى يميز بينهما يتمثل فى أن الوكالة الظاهرة يكون أحد عناصرها بل وأهم عنصر فيها هو ما يسميه الفقه(١) «العنصر الشخصى للوكالة» الذى مفاده اتجاه قصد كل من الوكيل والمتعاقد معه وتوافر النية المشتركة لديهما نحو انصراف آثار التصرف الذى يبرمانه فى ذمة الأصيل، وهذا العنصر يعد مفتقداً فى الوكالة المستترة حيث يكون التعبير الصادر عن الوكيل لا يتضمن بياناً بصفته الحقيقية فى التعاقد بالرغم من انصراف قصده نحو التعاقد لحساب الأصيل.

وعلى ذلك فإن الوكالة كما تكون ظاهرة تكون أيضاً مستترة. وهى تكون ظاهرة متى كان الوكيل قد عبر -صراحة أو ضمناً- عن حقيقة صفته فى التعاقد، وأنه لا يتعاقد لحساب نفسه وإنما لحساب شخص آخر معين وهو الأصيل، كما تكون الوكالة ظاهرة متى علم المتعاقد مع الوكيل بصفة هذا الأخير الحقيقية علماً -حقيقياً أو مفترضاً- وهذه الحالة تأخذ نفس حكم الحالة الأولى لأن إلتزام الوكيل بالإعلان عن حقيقة صفته فى التعاقد وكذلك شرط التعامل باسم الأصيل لا يعتبر شرطاً متطلباً فى حد ذاته وإنما بغرض إعلام المتعاقد معه بحقيقة من ستنصرف فى ذمته آثار العقد، وذلك حتى يتمكن من ممارسة رخصة قبول أو رفض التعاقد على ضوء ذلك وفقاً لما تقتضيه مصلحته الشخصية إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد.

وتكون الوكالة مستترة متى انتفى الفرضان السابقان، أى لم يعلم المتعاقد مع الوكيل علما -حقيقيًا أو مفترضاً- بصفة الوكيل الحقيقية فى التعاقد كما أن التعبير الصادر عن هذا الأخير لم يتضمن -صراحةً أو ضمناً- بحقيقة صفته فى التعاقد وأنه يتعاقد لحساب شخص معين وهو الأصيل سواء كان ذلك نتيجة إهماله أو نتيجة

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الحى حجازى - المرجع السابق - صـ٦٢٨، ٦٢٩.

تعمده ذلك، مما دفع المتعاقد معه إلى الاعتقاد بأن الوكيل إنما يتعاقد لحساب نفسه، وقد نصت على ذلك المادة ١٠٦ من القانون المدنى الذى يجرى نصها على أنه «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب».

وإهمال الوكيل فى الإعلان عن صفته الحقيقية فى التعاقد وإن كان الغالب أن يكون بفعل منه، إلا أنه قد يحدث بفعل الغير مثل الشخص الذى تولى كتابه الرسالة التى تتضمن التعبير أو من كلف بنقل هذا الأخير، أما إذا كان الوكيل قد اتجه قصده نحو عدم الإعلان عن صفته الحقيقية فى التعاقد تنفيذاً لما تم الاتفاق عليه مع الموكل كنا بصدد عقد وكالة بالتسخير، إذا فالتعاقد من خلال فكرة الوكالة بالتسخير - وهو الفرض محور المعالجة- يفترض حدوث انفصام بين القصد الداخلى للوكيل وبين التعبير عن الإرادة الصادر منه، إذ بينما يتجه الأول نحو عقد التصرف لحساب الموكل فإن الثانى لم يتضمن وعن عمد بياناً بحقيقة صفة الوكيل التعاقدية وكونه لا يتعاقد لحساب نفسه وإنما يتعاقد لحساب شخص معين غيره وهو الأصيل، وهو ما يمثل حرمان المتعاقد معه من مباشرة رخصة قبول أو رفض التعاقد -تطبيقاً لمبدأ حرية التعاقد- على وعى وبصيرة بشخص المتعاقد معه الحقيقى.

ولئن كان الغالب أن يكون حدوث هذا الفرض وليد اتفاق بين الوكيل المسخر وبين الموكل، إلا أنه يلحق به أيضاً إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق، وإنما كان مسلك الوكيل من تلقاء نفسه وإن كان هذا فرضاً نادر الحدوث[1].

ويستفاد من نص المادة ٦٩٩ مدنى أن المشرع المصرى عند تنظيمه للوكالة العادية لم يفرق بين الوكالة المكشوفة والمستترة بل جاء التنظيم عاماً مما يستوجب صرف حكم هذه المادة إلى نوعى الوكالة المتقدم ذكرهما، وعندما تناول المشرع مسألة الآثار المترتبة على العقد الذى يتم من خلال الوكالة العادية أحال بمقتضى نص المادة ٧١٣ مدنى إلى نصوص المادتين ١٠٥، ١٠٦ مدنى وجاءت الإحالة

(١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد - المرجع السابق - صـ٢١٧ وما بعدها.

عامة مما يتعين صرفها إلى الوكالة العادية المكشوفة والمستترة على حد سواء. وبالرجوع إلى نصوص المادتين ١٠٥، ١٠٦ مدنى نجد أن عباراتها جاءت بدورها عامة مطلقة مما يستوجب صرف حكمهما إلى الوكالة المكشوفة والوكالة المستترة والتى من بينها الوكالة بالتسخير، ولا شك أن الوكالة بالتسخير تعتبر إحدى صور الوكالة المستترة مما يتعين معه خضوع آثار العلاقات التعاقدية التى تتم من خلالها لأحكام نصوص المادتين ١٠٥، ١٠٦ مدنى[١]، حيث نجد أن المادة ١٠٥ تحدثت عن الوكالة المكشوفة وإن المادة ١٠٦ مدنى اختصت الوكالة المستترة أو الوكالة بالتسخير ولقد نظم المشرع نظام الوكالة بالتسخير فى المادة ١٠٦ مدنى، وذلك إيماناً منه بأن التعاقد بطريق التسخير عمل مشروع وتعاقد صحيح طالما كان الغرض منه مشروعاً ولا يخالف النظام العام.

والأصل أن عقد التسخير يكون عقداً مستتراً، فالوكيل المسخر يتصرف فى علاقته مع الغير دون أن يكشف الشخص المختفى وراءه، ومع ذلك فقد تكون هذه العلاقة ظاهرة فى بعض الأحيان ويعلم بها المتعامل معه، دون أن يتغير دور الوكيل المسخر ولا تتغير نتائج تصرفاته وبناء عليه فالأصل فى عقد التسخير أنه عقد مشروع سليم طالما أنه مستخدم فى عمل مشروع، وعلى ذلك فإن تسخير الوكيل المسخر فى التعاقد عمل مشروع طالما أنه لا يخفى غشاً فى القانون ولا غشاً يتعلق بحقوق الغير.

والتسخير لغرض مشروع صحيح ولقد اعترف المشرع المصرى بشرعية التسخير فى أكثر من موضع كما سبق الإشارة[٢].

والتعاقد على التسخير فى عمل شيء باسم المُسخر ولحساب المُسخِر ومن غير أن يظهر اسم هذا الأخير فى هذا العمل مع الغير هو تعاقد صحيح قانوناً لعدم مخالفته للقانون ولا للنظام العام[٣].

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ١٢١، ١٢٢، ١٢٣.

٢) راجع فى ذلك صـ٣٩ من الرسالة.

٣) راجع فى ذلك: حكم محكمة استئناف مصر بتاريخ ١٣ ديسمبر ١٩٢٧.

وفى ذلك قضت محكمة النقض فى أحد الطعون الذى طرح أمامها[١] بـأن «النص فى المادة ١٠٦ من القانون المدنى - يدل على أن تعاقد الوكيل باسمه مـع الغير ينصرف أثره إلى الوكيل فى علاقته بالغير ويبقى الأصيل أجنبياً عن العقد إلا إذا كان المتعاقد مع الوكيل يعلم بالنيابة وانصرف قصده والنائب وقت إبرام العقـد إلى إضافة آثاره للأصيل أو كان يستوى عند الغير التعاقد مع الأصـيل أو النائـب وفى هاتين الحالتين يعتبر الأصيل ممثلاً فى شخص النائب فى كل عمل يصدر من الأخير أو فى مواجهته من الغير بشأن تنفيذ العقد قبل أن يكشف الأصيل عن صفته ويعلن رغبته فى التعامل مباشرة مع الغير وتكون الأحكام الصادرة علـى الوكيـل المعير لاسمه حجة على الموكل الذى لم يكشف عن اسمه ولم يكن مختـصماً فـى الدعوى».

١) راجع فى ذلك: نقض مدنى - الطعن رقم ٨٣٥٧ لسنة ٦٥ ق جلسة ٢٠٠٢/٦/١٠.

الفصل الأول
تعريف الوكالة بالتسخير وما فى حكمها وتمييزها عن غيرها

عرض وتقسيم:

قد تدفع الظروف العملية بعض الأشخاص إلى إخفاء اسمائهم عن الغير عند التعاقد، ومن أجل ذلك يلجأون إلى تسخير غيرهم لإبرام التصرفات القانونية التي يبغونها، وعندئذ يعمل الشخص المُسخَّر باسمه الشخصى لا باسم من سخره ولذلك يسمى بالوكيل المسخر، والتعاقد بنظام التسخير فى إبرام تصرف قانونى باسم المُسخِّر ولكن لحساب المُسخَّر دون ظهور هذا الأخير فى التصرف هو تعاقد صحيح قانوناً لعدم مخالفته للقانون ولا للنظام العام، وإذا كان الوكيل المسخر يتعاقد مع الغير باسمه الشخصى لا باسم الموكل ولكن لحساب هذا الأخير، بمعنى أنه يبدو فى الظاهر أمام الغير وكأنه الطرف الأصلى والستفيد الحقيقى من التعاقد وأن ذمته المالية سوف تتأثر بآثار العقد حين أن المستفيد الحقيقى هو الموكل، وهذا الحكم يشترك بين التعاقد بطريق الوكالة بالتسخير وبعض الأنظمة القانونية الأخرى مثل نيابة الوصى عن القاصر والولى عن الصغير كنيابة الأب أو الجد والقيم عن المحجور عليه وَالسفيه والحارس القضائى عن المدين الموضوع أمواله تحت الحراسة.

ولا شك أن الوكالة بالتسخير كأحد الأنظمة القانونية تختلف عن الوكالة بالعمولة فى أن التعاقد بطريق الوكالة بالتسخير قد يكون بعوض أو بدون عوض، فى حين أن التعاقد بطريق الوكالة بالعمولة يكون دائماً بعوض لأن الوكيل بالعمولة تاجر محترف يتخذ من هذا العمل حرفه له، كما تتميز الوكالة بالتسخير عن الصورية من خلال استعارة الاسم بأنه فى الوكالة بالتسخير يشارك الوكيل المسخر بإرادته فى إبرام العقد المطلوب إبرامه، فى حين أنه فى الصورية من خلال استعارة الاسم فإن صاحب الاسم المستعار لا يشارك بإرادته فى تكوين التصرف القانونى بل إن دوره يقتصر على القيام بإجراء مادى بحت ولتوضيح ذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: **تعريف الوكالة بالتسخير وما فى حكمها.**

المبحث الثانى: **تمييز الوكالة بالتسخير عما يشتبه بها.**

المبحث الأول

تعريف الوكالة بالتسخير وما فى حكمها

عرض وتقسيم:

إذا كان مبدأ حرية التعاقد المنبثق من مبدأ سلطان الإرادة يعد وبحق أحد الثوابت الراسخة فى الفكر القانونى ومن أبرز ما أفرزه هذا الأخير، ومقتضى هذا المبدأ هو حرية الأشخاص فى إبرام ما يريدون من تصرفات قانونية وفى تنظيمها كيف شاءوا طالما لم يخالف تنظيمهم هذا النظام العام أو يتعارض معه حسبما قرره المشرع اليوم وغداً.

إلا أن هذه الحرية لا يستطيع الأشخاص دائماً ممارستها وفق ما يحلو لهم فقد يوجد مانع أو أكثر يمنعهم من ذلك، ولا يشترط أن يكون هذا المانع دائماً ذا طبيعة قانونية بل حتى قد يكون مجرد مانع أدبي.

ونظرا للرغبة الجارفة لدى الأشخاص وإرادة الانفلات من أى قيود تحد من هذه الحرية فإن الشخص قد يفكر فى سبيل ذلك أو يحاول البحث عن وسيلة تمكنه من التغلب على هذا المانع، والوصول إلى المصلحة أو المنفعة التى يرجوها من وراء الممنوع منه، ولا يلزم دوماً أن تكون هذه المصلحة أو المنفعة مادية دائماً وإنما قد تكون هى الأخرى من طبيعة أدبية أو معنوية.

ومن هذه الوسائل التى تمكن الأشخاص من الوصول إلى غاياتهم هى التعاقد بطريق الوكالة بالتسخير.

والوكالة[١] هى عقد بمقتضاه يلتزم أحد طرفيه ويسمى الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الطرف الآخر ويسمى الموكل وهى أحد أوجه النيابة.

والوكالة كما تكون وكالة ظاهرة تكون كذلك وكالة مستترة وهى تكون ظاهرة متى كان النائب قد عبر صراحة أو ضمنا عن حقيقة صفته فى التعاقد وأنه لا يتعاقد لحساب نفسه وإنما لحساب شخص معين آخر وهو الأصيل. كما تكون الوكالة ظاهرة متى علم المتعاقد مع الوكيل بصفة هذا الأخير الحقيقية علماً فعلياً

---

١) راجع نص المادة ٦٩٩ مدنى.

فهذه الحالة تأخذ نفس حكم الحالة الأولى، لأن إلزام الوكيل بالإعلان عن حقيقة صفته في التعاقد وكذلك شروط التعامل باسم الأصيل لا يعتبر شرطاً متطلباً فى حد ذاته وإنما بغرض إعلام المتعاقد معه بحقيقة من ستنصرف فى ذمته آثار العقد، فمتى علم هذا الأخير علماً فعلياً بحقيقة وضع الوكيل وكونه يتعاقد لحساب غيره وليس لحساب نفسه، ومع الأخذ بعين الاعتبار ما يتمتع به المتعاقد مع الوكيل من رخصة قبول أو رفض التعاقد إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد المنبثق من مبدأ سلطان الإرادة، فإن إبرام هذا الأخير التعاقد مع الوكيل بالرغم من أن تعبير هذا الأخير عن إرادته لم يتضمن بياناً لحقيقة صفته يجعلنا حكماً بصدد وكالة ظاهرة طالما أن هذا المتعاقد قد علم علماً فعلياً أو حكماً بصفة الوكيل الحقيقية فى التعاقد بمعنى أن آثار العقد المبرم بين الوكيل والمتعاقد معه تنصرف فى ذمة هذا الأخير والموكل، ويكون الوكيل أجنبياً عن هذه الآثار، وهذا يعد تطبيقاً للحكم الذى تضمنه نص المادة ١٠٥ مدنى والذى يجرى على أنه «إذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل»(١).

وتكون الوكالة مستترة متى انتفى الفرضان السابقان أى لم يعلم المتعاقد مع الوكيل – حقيقة أو حكماً – بصفته الحقيقة فى التعاقد، كما أن الوكيل لم يفصح – صراحة أو ضمناً – بحقيقة صفته فى التعاقد وكونه يتعاقد نيابة عن شخص محدد أو لمصلحته الشخصية أى أن التعبير الصادر عنه لم يتضمن صراحة أو ضمناً إشارة إلى كونه يتعاقد لحساب شخص معين سواء كان ذلك نتيجة إهماله أو تقصيره أو وليد تعمده، مما دفع المتعاقد معه إلى الاعتقاد بأن الوكيل إنما يتعاقد لحساب نفسه، ويخضع هذا الفرض لحكم المادة ١٠٦ مدنى والتى ينساب نصها على أنه: «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب».

وهناك أنظمة قانونية أخرى تأخذ حكم التعاقد بطريق الوكالة بالتسخير، مثل التعاقد بوصى عن القاصر والتعاقد بولى عن الصغير كتعاقد الأب أو الجد فى حالة

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى [illegible] – المرجع السابق ص٧٣ وما بعدها.

عدم وجود الأب عن الصغير، حيث نجد أنه في التعاقد بطريق الوكالـــة بالتـــسخير يوجد اتفاق بين الوكيل المسخر والموكل يتمثل في عقد الوكالة المبرم بينهما علـــى أن يقوم الوكيل المسخر بإبرام تصرف قانوني ما باسمه الشخصي مع أحد الأغيار، على أن يلتزم بعد ذلك بنقل ثمار هذا التصرف إلى ذمة الموكل، وهذا الحكم يطبق على التعاقد بوصي عن القاصر والتعاقد بولي عن الصغير، حيث يوجب القـــانون تعيين وصي عن القاصر وتعيين ولي عن الصغير وذلك للقيام بإبرام التـــصرفات القانونية نيابة عنهما، وأن حكم هذا التعاقد يتمثل في وجود اتفـــاق مفتـــرض بـــين الوصي والقاصر وبين الولي والصغير والذي يقوم مقامهما في ذلك المشرع، يقـــوم بمقضاه الوصي أو الولي بإبرام تصرف قانوني ما باسمه الشخصي مع الأغيـــار، على أن يلتزم بعد ذلك بنقل آثار هذا التصرف إلى ذمتهما. ونتكلم عـــن الأنظمـــة القانونية المتقدمة حيث نوضح مفهوم الوكالة بالتسخير وتلك التي تأخذ حكم الوكالة بالتسخير وهي الوصي عن القاصر والولي عن الصغير وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم الوكالة بالتسخير

المطلب الثاني: من في حكم الوكالة بالتسخير

المطلب الأول

مفهوم الوكالة بالتسخير

الإرادة التي ينعقد بها العقد أو التصرف القانوني هي نشاط نفسي أو حالة نفسية يعبر عنها صاحبها فتنتج عنها آثار قانونية ولم تجر عادة الفقهاء على الاهتمام بأمر الإرادة في ذاتها باعتبارها ظاهرة نفسية لأنها من هذه الوجهة لا تخلو من إيهام وتعقيد ولذا كل منهم من درسها بتفصيل وقام بتحليل عناصرها[١].

والإرادة لكونها قصداً وتصميماً تسبقها في النفس عملية عقلية محلها تصور مضمون الإرادة وتحديد موضوعها، فالمتعاقد في عقد البيع مثلاً يستحضر في ذهنه – قبل أن تصدر عنه الإرادة التعاقدية – البيع بعناصرة المختلفة ويتصور البدلين ما يقدمه وما يأخذه، كما يتمثل النتائج العملية التي تترتب على العقد والالتزامات التي يرتبها عليه وعلى الطرف الآخر، وهذه العملية الذهنية هي ما يسميه علماء النفس بالتصور ويعتبرونه أولى مراحل العمل الإرادي وهو عندهم أربعة مراحل تتعاقب في نفس من تصدر عنه الإرادة أولها هي مرحلة التصور التي سلفت الإشارة إليها والتي تقع قبل أن تتولد الإرادة بمعناها الصحيح، وفي هذه المرحلة يتمثل في النفس شيء أو أشياء متعددة يصح أن يكون موضوعاً للإرادة كما يستحضر المرء الآثار التي يمكن أن تترتب على هذا الشيء أو ذاك إن اتجهت إليه إرادته، ففي مثالنا يكون المتعاقد بين أن يشترى وبين ألا يشترى مثلاً وبين أن يشترى هذا الشيء أو ذاك، وبهذه الشروط أو تلك ... إلخ والمرحلة الثانية للعمل الإرادى هي مرحلة التدبر وفي هذه المرحلة يوازن المرء بين مختلف الأمور التي يصح أن تنصرف إليها إرادته ويتدبر نتائجها المختلفة ثم يختار من بينها واحداً يكون هو موضوع الإرادة، والمرحلة الثالثة في العمل الإرادى هو التصميم وفيه إذا ما انتهى المرء من اختيار موضوع إرادته والتصميم أو الإنفعال الإرادى هو في الواقع جوهر الإرادة، وهو ما يسبغ على العمل الإرادى صفته وبه تتولد في النفس الإرادة بمعناها الحقيقي ثم تأتي بعد ذلك مرحلة التنفيذ حيث يوضع العمل الإرادى موضع التنفيذ والتنفيذ هو

---

(١) راجع في ذلك: دكتور/ جمال مرسي بدر – [illegible]

آخر مراحل كل عمل إرادى حيث ينقل المرء تصميمه الداخلي إلى العالم الخارجي[1].

والأصل أن يكون التصرف من نتاج وعمل الشخص الذي سينتج التصرف آثاره في ذمته، وعلى ذلك تكون الإرادة إرادته هو دون غيره ويكون التعبير تعبيره هو، وبذلك يكون ثمة تطابق بين الشخص صاحب التصرف والشخص صاحب المصلحة، غير أنه قد يحدث أن يحل شخص محل شخص آخر في إبرام تصرف قانوني باسم وحساب هذا الشخص الآخر فيكون التعبير في هذه الحالة تعبير الشخص الأول وتكون الإرادة إرادته أيضاً، حيث أنه هو الذي يصدر عنه مفردات التعبير وبناء عليه يعبر عن إرادته هو في إبرام هذا التصرف، وبالرغم من ذلك تنصرف آثار التصرف إلى ذمة الشخص الثاني الذي لم يعبر عن إرادته وبالتالي لم يشارك بتلك الإرادة في إبرام التصرف، وهذا الوضع لا يخلو من غرابة ذلك أن شخص يقوم بإبرام تصرف قانوني نيابة عن شخص آخر لم يشارك بإرادته في إبرام هذا التصرف وبالرغم من ذلك تنصرف آثار التصرف إلى ذمة هذا الأخير مباشرة وهو ما يعرف بالنيابة في التعاقد، وبذلك يمكن تعريف النيابة بأنها حلول إرادة شخص يسمى النائب محل إرادة شخص آخر يسمى الأصيل في إبرام تصرف قانوني على أن تنصرف آثار هذا التصرف إلى ذمة الأصيل لا إلى ذمة النائب[2]، إن النائب إنما يعبر عن إرادته باسم غيره ولحسابه يريد أن يعلم من يتعاقد معه أن من يتعاقد ليس هو الذى سوف يكتسب الحقوق ويتحمل بالالتزامات الناشئة عن العقد، بل هو الأصيل الذي تعاقد باسمه ولحسابه وبذلك يكون النائب طرفاً في التصرف ولكنه لا يكون طرفاً في العلاقة الناشئة عن هذا التصرف ولكن الأصيل هو الذي يكون طرفاً في هذه العلاقة، أي أن النائب بمجرد إبرام التصرف يصبح أجنبياً عن هذا التصرف ومن ثم يترتب على النيابة إنفصال الآثار عن سببها والمقصود بالسبب هو التعبير عن الإرادة فهذا يصدر من النائب، أما الآثار فهي

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ جمال مرسى بدر – الرسالة السابقة صـ٣١ وما بعدها، دكتور/ منصور مصطفى منصور – دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني – خلاصة دروس لطلبة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص كلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٩٢م صـ١٥ ومابعدها.

٢) راجع في ذلك: هامش ٣ من صـ٤ من الرسالة.

تتمثل في الحقوق والالتزامات الناشئة عن التصرف فهذه الآثار تستقر في ذمة الأصيل مباشرة كما لو كان هو الذي إبرم التصرف شخصياً[١].

والنيابة وفقاً للتعريف السالف الذكر قد تكون ضرورية كما لو كان الأصيل غير متوافر فيه الأهلية اللازمة لإبرام التصرف القانوني المطلوب، بأن كان قاصراً أو محجوراً عليه مثلاً عندئذ ينوب عنه الولي أو الوصي أو القيم، وقد يحتم القانون النيابة بأن يجعلها ضرورية في بعض الفروض كما في السنديك الذي ينوب عن المفلس ودائنيه، وكما في الحارس القضائي الذي ينوب عن غيره في إدارة المال وحفظه، وقد تكون النيابة نافعة كما إذا وكل شخص آخر في إبرام تصرف قانون وذلك لبعد الأصيل عن الجهة التي يجرى فيها هذا التصرف، أو لأنه لا يجد متسعاً من الوقت لمباشرة التصرف بنفسه أو لأن التصرف الذي يريد القيام به لا يستطيع أو لا يحسن القيام بإبرامه، والنيابة ضرورية كانت أو نافعة إما أن تكون قانونية بأن يكون القانون هو الذي يحدد نطاقها كما في الولي والوصي والقيم السنديك[٢]، وإما أن تكون قضائية بأن يكون القضاء هو الذي يتولى تحديدها كما في الحارس القضائي، وإما أن تكون اتفاقية بأن الاتفاق هو الذي أنشأ هذه السلطة كما في الوكالة وقد تكون النيابة ناشئة عن إرادة منفردة كما في الفضولي، والدائن الحاجز الذي يبيع مال مدينه ينوب عن هذا المدين في البيع بإرادته المنفردة ومؤسسو الشركة في فترة التأسيس ينوبون عن الشركة بإرادتهم المنفردة.

والنيابة باعتبارها مصدر وسائل إبرام التصرفات القانوني فإنها أوسع وأشمل من الوكالة، فالنيابة تفترض سلطة يمنحها الأصيل إلى النائب فإن الوكالة أيضاً تمنح هذه السلطة إلى الوكيل ولذلك يمكن أن يرد إلى الذهن إن فكرة النيابة تطابق فكرة الوكالة لأن النيابة مصدر الوكالة كما تقدم، والنيابة تنشأ عن تصرف إحادي بمقتضاه يعطى الأصيل للنائب سلطة في مواجهة الغير ويسوغ له أن يتصرف باسمه أما الوكالة فهي عقد تنشأ بناء عليه التزامات وحقوق متقابلة لكل من

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ عبد الحي حجازي - النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام - العقد ١٩٨٢م مطبوعات جامعة الكويت ص ٣٠٦.

٢) والنيابة تكون قانونية إذا كان القانون هو الذي [illegible] الولي والوصي والقيم والسنديك [illegible] أن القانون هو الذي يحدد نطاق النيابة.

الطرفين في مواجهة الآخر. وأنه ليس ثمة ما يمنع الطرفين في الوكالة من الاتفاق على أن يتعامل الوكيل مع الغير باسم نفسه دون أن يذكر صفته التعاقدية، وفي هذه الحالة تتحقق آثار التصرف مباشرة بين الطرفين على أن يقوم الوكيل بعد ذلك بنقل آثار التصرف إلى الموكل ومثال ذلك في الوكالة بالعمولة، حيث يتعامل الوكيل بالعمولة باسم نفسه وهنا تكون الوكالة دون نيابة، وكذلك يمكن أن توجد النيابة دون وكالة كما في حالة النيابة القانونية أو كما في النيابة التي تنشأ عن عقد عمل يخول للعامل أن يتصرف باسم رب العمل[1]، وقد يتفق الطرفين في الوكالة أيضاً على أن يتعاقد الوكيل مع الغير باسمه دون أن يفصح للغير المتعاقد معه عن صفته الحقيقية في التعاقد وعما إذا كان يتعاقد بصفته أصيلاً عن نفسه أو نائباً عن شخص آخر، حيث تنصرف آثار التصرف مباشرة في ذمة الوكيل والمتعاقد معه على أن يقوم الوكيل بعد ذلك بنقل هذه الآثار إلى ذمة الأصيل إعمالاً لعقد الوكالة المبرم بينهما وخير مثال على ذلك التعاقد بطريق الوكالة بالتسخير.

وأحكام النيابة تقتضى أن نبحث العلاقة فيما بين النائب والغير، فالنائب كما تقدم وإن كان يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل فإنه يعمل باسم الأصيل ولحسابه وعلى ذلك فإن أثر العقد لا يلحقه هو بل يلحق الأصيل، ويترتب على ذلك أن النائب في علاقته مع الغير الذي تعامل معه لا يكتسب حقوقاً من العقد ولا يتحمل بالتزامات فشخصيته التي كانت ظاهرة أثناء إبرام العقد تختفي بعد ذلك عند إنتاج العقد لآثاره، وعلى ذلك لا يستطيع النائب بصفته الشخصية أن يطالب الغير بحق من الحقوق التي أنشأها أو نقلها العقد، وإنما يستطيع ذلك بصفته نائباً إذا ثبتت له النيابة في تنفيذ العقد كما ثبتت له في إنشائه. فهو إذا طالب المشترى بالثمن يفعل ذلك باعتباره نائباً عن البائع لأن الدائن بالثمن هو البائع، وكذلك إذا كانت النيابة عن المشترى وطالب النائب البائع بتسليم الشيء المبيع يكون في ذلك نائباً عن المشترى، لأنه هو الدائن بالاستلام[2]، وكما أن النائب لا يكتسب حقاً من العقد الذي

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ عبد الحي حجازي - المرجع السابق صـ٦١٩.

٢) راجع في ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهوري - شرح القانون المدني - النظرية العامة للالتزامات نظرية العقد (مشار إليه سابقاً) صـ٢٢١.

Demolombe, Traité des contrats, t.xxlx, 1876, n° 314; G. Marty et P. Raynaud, les obligations, T.I. les sources, 2° éd., Sirey, 1988, n° 300; J. carbonnier, les obligations, 22° éd., PUF, 2000, n° 84.

باشره فإنه لا يترتب في ذمته التزام بموجب هذا العقد، وعليه إذا أراد الغير المطالبة بما له من حقوق طالب بذلك الأصيل لا النائب، وإذا طالب النائب فإنما يطالبه باعتباره نائباً لا بصفته الشخصية، بحيث إذا حصل على حكم في مواجهته بهذه الصفة نفذ الحكم على أموال الأصيل لا على أموال النائب، على أنه يجوز أن يلتزم النائب عند تعامله مع الغير بضمان الأصيل في تنفيذ الالتزامات التي تنشأ عن هذا التعاقد فمثل هذا الضمان يجعله ملزماً بصفته الشخصية تجاه الغير وذلك إذا كانت نيابته شاملة لمرحلة تنفيذ العقد. وأما العلاقة بين النائب والأصيل فإن الذي يحدد هذه العلاقة المصدر الذي أنشأ النيابة، فإذا كان عقد وكالة حدد هذا العقد ما على النائب من التزامات وما له من حقوق، وإذا كان المصدر إرادة النائب المنفردة وكان هذا فضولياً اتبعت أحكام الفضالة، أما إذا كان المصدر هو حكم القضاء أو حكم القانون فإن القضاء أو القانون هو الذي يحدد العلاقة فيما بين النائب والأصيل كما في الحارس القضائي والوصي والقيم ونحو ذلك، وأما عن العلاقة فيما بين الأصيل والغير فإن العلاقة تتولد مباشرة فيما بينهما ويختفي شخص النائب من مسرح التعاقد، فهما المتعاقدان وهما اللذان ينصرف إليهما أثر العقد وهذه النتيجة التي لم يصل إليها القانون الروماني فهي الخاصية المميزة للنيابة في القوانين الحديثة، نصت عليها النصوص صراحة[1] وانتهى إليها منطق النيابة في تطورها[2] فالأصيل يكتسب الحقوق ويتحمل بالالتزامات التي تعاقد عليها النائب باسمه وكذلك من تعامل مع النائب تثبت حقوقه قبل الأصيل ويلتزم تجاهه ولا شأن له بالنائب، وعلى ذلك فإن الأصيل يكتسب الحقوق التي تتولد من العقد ويطالب الغير مباشرة دون حاجة لوساطة النائب وتترتب في ذمته الالتزامات الناشئة عن العقد، ويكتسب الغير الذي تعاقد مع النائب الحقوق التي تولدت عن العقد ويرجع بها على الأصيل مباشرة دون وساطة النائب ويكون ملتزماً تجاه الأصيل لا النائب، وعلى ذلك فإن

---

١) راجع في ذلك المادة ١٦٤ من القانون المدني الألماني والمادة ٣٢ من قانون الالتزامات السويسري والمادة ٣٠ من المشروع الفرنسي الإيطالي.

٢) راجع في ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهوري – نظرية العقد (مشار إليه سابقاً) صـ٢٢٣.

G. Marty et P. Raynaud, les obligations, t.I. les sources, 2e éd., sirey, 1983; n° 300; P. voirin et G. Goubeaux, droit civil, t.I. 22e éd., LGDJ, 1999, n° 861. Sous l'ancien droit, V. les écrits de domat, Ferriérc et Denizart analysés par Bartin, op. cit., p. 87 et S.

الأصيل والغير المتعاقد مع النائب هما أطراف العلاقة التعاقدية دون غيرهما بحيث يصبح النائب أجنبياً عن هذه العلاقة بمجرد إبرام العقد حيث يختفي تماماً من مسرح التعاقد ما لم تكن نيابته شامله لمرحلة تنفيذ العقد حيث يضمن في هذه الحالة تنفيذ الأصيل لالتزاماته الناشئة عن العقد في مواجهة الغير الذي تعاقد معه، وإذا كانت النيابة تشمل النيابة الاتفاقية التي هى مصدرها الاتفاق الذي يتم بين الطرفين والذي يأخذ شكل الوكالة فإن الوكالة تشمل الوكالة العادية أو الظاهرة والوكالة المستترة أو الوكالة بالتسخير وقد نصت على ذلك المادة ٦٩٩ من القانون المدني حيث تنص على أن «الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل» وبذلك فإن المشرع لم يفرق في تنظيمه للوكالة بين الوكالة العادية والوكالة بالتسخير والدليل على ذلك أن عبارة هذا النص جاءت عامة مما يستوجب صرف الحكم الوارد بها إلى نوعى الوكالة العادية والوكالة بالتسخير على حد سواء.

والنيابة فى القانون الإنجليزى هى خليط من أحكام ترجع إلى العصور الوسطى وأحكام أخرى حديثة تتمشى مع الزمن وتطوره، وما كان لأمة أن تتقدم إلا بالفكر القانونى الحديث، ولقد عرف القانون الإنجليزى نظاماً غريباً يمتاز به عن غيره من النظم، ويسمى نظام الأصيل المكتوم، وفى هذا النظام يتعاقد النائب باسمه شخصياً مع الغير، ثم يظهر بعد ذلك أنه أراد التعاقد نيابة عن الغير بالرغم من أنه لم يذكر ذلك وقت التعاقد، أنه يتعاقد نيابة عن شخص آخر، وأن الغير الذى تعامل معه أو تعاقد معه إنما كان يتعامل معه بصفته الشخصية لا بصفته نائباً. فإن الأصيل المكتوم بعد أن يظهر تكون علاقته مع الغير الذى تعاقد معه النائب علاقة مباشرة، ويسرى فى حقه العقد الذى باشره نائبه مادام هذا العقد لم تكن فيه شخصية المتعاقدين محل اعتبار ومادام يثبت أنه كان يستوى لدى الغير الذى تعامل مع النائب أن يتعامل معه أو مع غيره، وهذا النظام الإنجليزى هو فى الواقع مرحلة إلى الأمام فى نظام الاسم المستعار الذى تعرفه القوانين اللاتينية وكذلك القوانين الجرمانية[1]، فإن هذا النظام الأخير لا يجعل العلاقة مباشرة بين الأصيل والغير بل

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - جـ٧ المجلد الأول - العقود الواردة على العمل - الطبعة الثانية ١٩٨٩ صـ٨١٢ وما بعدها - دار النهضة العربية (تنقيح المستشار/ مصطفى الفقى والدكتور/ عبد الباسط جميعى).

يتوسط بينهما النائب ويرجع كل منهما عليه دون أن يرجع أحد منهما على الآخـر، هذا بالنسبة للقانون الألمانى أما النظام الإنجليزى فإنه يسمح بهذا الرجـوع ويأخـذ بهذا النظام قانون الالتزامات السويسرى فتنص المادة ٣٢ منه بأنـه إذا لـم يـذكر النائب صفته وقت التعاقد فإن الأصيل لا يصبح دائناً أو مديناً بطريق مباشر قبـل الغير إلا إذا كان هذا الغير يمكنه أن يستنتج من الظروف وجود النيابـة أو كـان يستوى عنده أن يتعامل مع النائب او مع الأصيل، ويبدو أن نظرية الأصيل المكتوم فى القانون الإنجليزى لا تطبق إلا على العلاقات الماليـة التـى لا اعتبـار فيهـا للشخص، فلا تنطبق على وعد بالزواج أو على إيجار العمل كما لا تنطبـق علـى العقود الشكلية لأن هذه العقود لا تسرى إلا فى حق الموقعين عليها كما لا تنطبـق على الأوراق التجارية، ولا فى حالة ما إذا كان الأصيل أجنبى الجنـسية، كمـا أن إعذار النائب يكون إعذاراً للأصيل وكذلك كل إعلان يصل للنائب بصفته هذه يعتبر أنه قد وصل إلى الأصيل، والأوراق الصادرة من النائب تصلح للإثبات قبل الأصيل صلاحيتها للإثبات قبل النائب وإقرار النائب فى حدود نيابته يتعدى إلى الأصيل[1].

على أن النيابة كنظرية مستخلصة من تطبيقاتها العديدة ليست قديمة فى الفقه فهى لم تبرز كنظام له صفة العموم إلا فى أواخر القرن الماضى وفى مطلع القرن العشرين، على يد الفقهاء الألمان والإيطاليين ثم الفرنسيين الذين اتجهوا فى دراستهم إلى استخلاص مقومات النيابة من تطبيقاتها كالوكالة والفضالة وغيرها إلى إبـراز كيان النيابة المتميز حتى استوت لها نظرية عامة تنبسط على كثير من النظم ولكنها لا تختلط بها بل تتميز عنها بمقوماتها الذاتية وأركانها الخاصة. ومن الطبيعـى أن ينعكس على النصوص التشريعية الافتقار إلى نظرية عامة فى النيابة، ولهذا نجـد التقنينات المختلفة خلت إلى عهد قريب من نصوص تتناول النيابة بصفة عامة إلـى جوار النصوص المنظمة لمختلف تطبيقات النيابة من وكالة وفضالة ووصاية إلـى غير ذلك مما أوردته التقنينات المختلفة فى مكانه بين العقود الخاصة أو بين نظـم حماية ناقصى الأهلية، ولم يكن القانون المدنى المصرى يختلف فى هذا النقص عن

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهورى- الوسيط فى شرح القانون المدنى- جـ٧ المجلـد الأول- العقود الواردة على العمل- الطبعة الثانية ١٩٨٩ صـ٨١٢ ومـا بعـدها- دار النهـضة العربية- تنقيح المستشار/ مصطفى الفقى والدكتور/ عبد الباسط جميعى.

مصدره وهو القانون الفرنسى فكلاهما لم ينظم النيابة بنصوص عامة ترد فى موضعها من صدر المجموعة بين المواد التى تحكم انعقاد التصرفات القانونية إلى أن جاء القانون المدنى المصرى الصادر عام ١٩٤٨ وسد هذا النقص فى المواد ١٠٤-١٠٨ والتى رسمت القواعد الأساسية لنظرية عامة فى النيابة فى التعاقد لا نظير لها فى التقنينات الراهنة[١].

ولقد عرفت كثير من القوانين نظام النيابة فى التعاقد وأبرزته فى تقنيناتها مثل القانون الألمانى وقانون الالتزامات السويسرى كما سبق القول، ومشروع الالتزامات الفرنسى والإيطالى الذى تناولها فى المواد ٣١ وما بعدها، أما القانون المدنى الإيطالى الصادر عام ١٩٤٣ فقد نظم النيابة فى المواد من ١٣٨٧-١٤٠٠ كما أن القانون المدنى الفرنسي لم يغفل أمر النيابة فخصص لها المواد من ٣٠-٣٤ من مشروع هذا القانون.

والوكالة بالتسخير كنظام قانونى له كيانه ووجوده يتمثل فى أن يتعاقد الوكيل المسخر باسمه الشخصى على أن تتصرف آثار العقد الذى أبرمه من حقوق والتزامات إلى الأصيل، حيث لا تمر ثمار العقد الذى أبرمه الوكيل المسخر فى ذمته والذي يلتزم بدوره بنقلها إلى ذمة الأصيل بموجب عقد الوكالة الذى يفرض عليه هذا الالتزام، وفى الوكالة بالتسخير فإن النائب يتعاقد باسمه شخصياً فينصرف إليه أثر العقد وبالتالى يكتسب كافة الحقوق التى تنشأ عن العقد، ويترتب فى ذمته كل الالتزامات التى يولدها ولا علاقة بين الأصيل والغير، ويبقى النائب وسيطاً ما بين الغير والأصيل يرجع كل منهما عليه، ويرجع هو الآخر على كل منهما.

ويرى العلامة السنهورى «أن نظام الأصيل المستتر فى القانون الإنجليزي هو فى الواقع مرحلة إلى الأمام فى نظام الاسم المستعار الذى تعرفه القوانين اللاتينية والجرمانية، فإن هذا النظام الأخير لا يجعل العلاقة مباشرة بين الأصيل والغير، بل يتوسط بينهما النائب ويرجع كل منهما عليه دون أن يرجع أحدهما على الآخر، أما النظام الإنجليزي فيسمح بهذا الرجوع».

ويضيف الأستاذ الكبير السنهورى أن نظام القانون الإنجليزى فى هذا الصدد ظاهر أنه لا يطبق إلا فى العلاقات المالية التى لا اعتبار فيها للشخص فلا ينطبق

١) المذكرة الإيضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى جـ٢ صـ٥٠ .

على وعد بالزواج أو على إيجار العمل، ونعتقد أن الشريعة الإسلامية قد سبقت القانون الإنجليزي إلى ذلك كله إذ قررت للنيابة أثراً مباشراً يربط الأصيل والغير في حالات تدخل ضمن ما تسميه القوانين الحديثة، الاسم المستعار ولا تعرف بشأنه الأثر المباشر للنيابة، وبذلك كانت دائرة النيابة أوسع في الشريعة الإسلامية منها في القوانين الحديثة[1].

والوكيل المسخر يساهم بإرادته في إبرام العقد مع الغير نيابة عن الأصيل أي أنه تعاقد مع الغير باسمه الشخصي دون اسم الأصيل، على أن تنصرف آثار العقد إلى ذمة الموكل وهو ما يعرف بالآثار الاقتصادية للعقد فالآثار الاقتصادية بالنسبة للعقد الذي يبرمه الوكيل المسخر، والذي يساهم بإرادته في إبرامه تنصرف إلى الأصيل إلا أنها لا تمر بذمة الوكيل المسخر، لأنه يحتفظ بها لديه على سبيل الأمانة إلى أن ينقلها إلى الأصيل، فيده عليها يد أمين وليست يد مالك، وعلى ذلك إذا بددها الوكيل المسخر ارتكب جريمة تبديد وخيانة أمانة، لأنه يحتفظ بها كما سبق القول لديه على سبيل الأمانة للموكل، وإذا ما تصرف فيها بأي وجه من أوجه التصرفات القانونية فإنه يكون قد تصرف في ملك الغير، وأما بالنسبة للآثار القانونية فإنها تنصرف إلى ذمة الوكيل، ذلك لأن الوكيل المسخر عندما تعاقد مع الغير فقد تعاقد باسمه الشخصي دون اسم الموكل ولكن لحساب هذا الأخير.

وقد قضت محكمة النقض بأنه «ليس من يعير اسمه إلا وكيلاً عمن أعاره فيمتنع عليه قانوناً أن يستأثر لنفسه بشئ وكل في أن يحصل عليه لحساب موكله، ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة فكأن الشأن شأنه في الظاهر مع أنه في الواقع شأن الموكل وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى ان المطعون ضدها لم تكن في إبرامها عقد الشراء مع آخر إلا اسما مستعاراً لزوجها الطاعن فإن مقتضى ذلك اعتبار أن الصفقة فيما بين الزوجين قد تمت لمصلحة الموكل ولحسابه فيكتسب كل ما ينشأ عن التعاقد من حقوق ولا تكسب المطعون

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق (الوسيط جـ ٧ المجلد الأول) صـ ٤١٢ وما بعدها.

عليها فيها شيئاً ويكون كل ما دفع باسمها من الثمن ورسوم التسجيل قد دفع من الطاعن ...»[1].

والوكيل المسخر هو الذى يتضمن تعبيره معطيات تقطع بما لا يدع مجالاً لشك بأنه يتعاقد لمصلحته الشخصية رغم أن قصده قد انصرف إلى التعاقد لمصلحة الموكل ويشترط فى الوكالة بالتسخير أن يتعامل الوكيل المسخر باسمه الشخصى لا باسم الأصيل وإلا كنا بصدد نيابة لا وكالة، وأن تكون نيته قد انصرفت إلى انصراف آثار العقد إلى ذمة الأصيل لا إلى ذمته، وبذلك فهو غير ملزم أن يعلن عن صفته الحقيقية فى التعاقد أثناء التعاقد مع الغير هل يتعاقد لمصلحته الشخصية أم يتعاقد بصفته نائباً عن موكله، وبذلك لا يعتد بقصده لأنه أمر باطنى داخلى لا يعتد به إلا إذا أخذ مظهراً خارجياً، فهو لا يلتزم أن يعلن عن صفته الحقيقية فى التعاقد فإذا لم يفعل ذلك فإن آثار العقد لا تضاف إلى الأصيل بل تضاف إلى النائب شخصياً وهذا هو الأصل فى التعاقد أن تنصرف آثار العقد إلى ذمة من ساهم بإرادته فى إبرامه.

وفى ذلك قضت محكمة النقض بأنه «متى كانت جمعية المساكن لم تعلن وقت إبرام العقد أنها تعاقدت مع المقاول نيابة عن أعضائها، وكان لا يوجد فى نصوص العقد ما يمكن أن يفيد وجود نيابة صريحة أو ضمنية فإن أثر العقد ينصرف إلى الجمعية وليس إلى أعضائها ومن ثم تكون الجمعية وحدها هى صاحبة الحق فى مطالبة المقاول بتنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا العقد وبالتالى لا يجوز قبول دعوى عضو الجمعية بطلب ذلك إلا إذا أثبت أن حق الجمعية قد انتقل إليه بما ينتقل به الحق قانوناً»[2].

---

١) راجع فى ذلك: نقض مدنى جلسة ١٩٦١/١١/٢٣ - مجموعة النقض المدنية- ١٢-٣/٧ ونفس المعنى فى ١٩٨٦/١١/٢٠ طعن رقم ١٦٥٠ لسنة ٥٥ق، الطعن رقم ٢٤٣٧ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٣/٥/٣، الطعن رقم ٢٤٦٦ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٣/٥/٣، الطعن رقم ٦٤ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٢١، الطعن رقم ٤٨٦٤ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٥/٣/١٣، الطعن رقم ٥٥٧٦ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٧/١١/١، الطعن رقم ٣٢٠ لسنة ٧١ق جلسة ٢٠٠٢/٤/١١ (حكم غير منشور).

٢) راجع فى ذلك: نقض مدنى ٢٩ أبريل ١٩٦٩- مجموعة أحكام النقض لسنة ٢٠ رقم ١١١ صـ٦٩٣.

وبذلك يجب على المتعاقد عندما يقبل على التعامل مع الغير أن يوضح حقيقة صفته فى التعامل هل يتعاقد نيابة عن شخص معين، أو يتعاقد بصفته الشخصية وبالتالى فيجب أن تتوائم معطيات التعبير الصادر عنه مع محتوى قصده، فإذا أعلن المتعاقد أثناء إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن ثمار العقد تنصرف إلى ذمة الأصيل لا إلى ذمته هو، لأن دوره قد انتهى بمجرد إبرام العقد ومنذ تلك اللحظة يختفى تماماً من مسرح التعاقد، ولكن إذا لم يعلن أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن آثار العقد تنصرف إلى ذمته هو على اعتبار أنه هو الذى ساهم بإرادته فى إبرام العقد طبقاً للأصل العام فى التعاقد، وفى هذه الحالة يكون طرفاً فى التعاقد، ومن ثم يكون له وللمتعاقد معه الرجوع على الآخر، وبالتالى فليس للموكل فى هذه الحالة الرجوع على المتعاقد مع الوكيل إلا إذا استطاع أن يثبت أن آثار العقد قد انتقلت إليه.

ويلاحظ أنه فى بعض الأحوال قد لا يرغب الأصيل فى الظهور فى التعامل لذا يتعاقد النائب باسمه هو دون أن يفصح عن اسم الأصيل، وبمقتضى عقد الوكالة التى بينهما يلتزم الوكيل المسخر بأن ينقل آثار العقد الذى أبرمه مع الغير إلى الأصيل.

وتنص المادة ١٠٦ من القانون المدنى على أنه «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب»[1].

ويستفاد من نص هذه المادة أن الوكيل المسخر غير ملزم عندما يقدم على التعاقد مع أحد الأغيار أن يفصح عن حقيقة صفته فى التعاقد، ويوضح عما إذا كان يتعاقد لمصلحته الشخصية أم لمصلحة شخص محدد وذلك حتى يستطيع الغير المتعاقد معه أن يستعمل الرخصة المقررة له وهى حق الخيرة، فى أن يقدم على التعاقد أو يحجم عن ذلك وفقاً لما تقتضيه مصلحته الشخصية، فقد يرغب فى التعاقد مع النائب شخصياً ولا يرغب فى

---

١) المادة ١٠٦ مدنى مصرى تقابلها المادة ٢/٧٥ مدنى جزائرى، ١٠٧ مدنى سورى، ١٠٦ مدنى ليبى، ٩١ مدنى سودانى، ٩٤٣ مدنى عراقى، ٥٨ مدنى كويتى.

ذلك مع الأصيل لاعتبارات معينة قد تكون مالية[١] أو نفسية[٢] أو دينية[٣] أو عائلية[٤] أو غير ذلك من العوامل المستمدة من فكرة الجنسية[٥] أو من آثار العمليات الحربية[٦] فكل من يبغى المشاركة فى تشييد رابطة عقدية يهمه بالدرجة الأولى العلم بالشخص الذى تنصرف فى نمته آثار تلك الرابطة وفى ضوء ذلك قد يقبل أو يرفض التعامل خاصة إذا كان العقد من طائفة العقود الزمنية[٧] أو الفورية التى يتراخى تنفيذها إلى فترة معينة من الزمن[٨].

وعلى ذلك فقد يقبل الغير التعامل مع النائب بشخصه ويرفض التعاقد معه باعتباره نائباً عن شخص محدد أو يقبل التعامل مع الأصيل الذى علم به من خلال معطيات تعبير النائب الصريح أو الضمنى أو ظروف وملابسات التعاقد ولكنه يرفض التعاقد مع الآخر الذى انصرف

١) مثل سوء مركزه المالى لدرجة لا تسمح له بالوفاء بالالتزامات التى تثقل كاهله والناتجة عن العقد.

٢) قد يكون المركز المالى للأصيل يسمح له بالوفاء بالتزاماته ومع ذلك فإنه شخص غير مرغوب فيه بسبب عدم حرصه على الوفاء بهذه الالتزامات فى المواعيد المحددة أو يقوم بها ولكن على نحو معيب. راجع فى هذا المعنى دكتور/ جمال مرسى بدر - الرسالة السابقة صـ١٥٧ .

٣) إذا كانت حرية العقيدة مكفولة للجميع بحيث لا ينبغى أن يكون للدين أى أثر على علاقات الأفراد المالية، ومع ذلك فقد يكون له أثر بالغ فى رفض التعامل مع شخص معين. ومن أمثلة ذلك الخادم فى مسجد أو مستخدم فى جمعية دينية أو مدرس يتعاقد مع دار للتربية ذات صفة دينية معينة أو مقاول مكلف ببناء مسجد. راجع فى توضيح مدى تأثير هذا الاعتبار على تكوين العلاقات التعاقدية دكتور/ سمير إسماعيل- الرسالة السابقة- صـ٣٤ فقرة ٤٢ .

٤) فالخلافات العائلية تحول دون قيام الروابط العقدية بين أفرادها.

٥) كما هو الحال بالنسبة للشركات التى تتعامل مع الجمهور بنظام التقسيط حيث إن غالبيتها ترفض التعاقد مع الأجانب خشية المعاناة فى الحصول على حقوقها وإن كان هذا الاعتبار يخضع لظروف العرض والطلب.

٦) وخير مثال على ذلك حرب الخليج حيث إنه قد ترتب عليها رفض تعامل الشركات التى تحمل الجنسية الكويتية مع الشركات التى تحمل جنسية دولة العراق وبعض الدول الأخرى.

٧) مثل عقد الإيجار وعقد العمل وعقد المقاولة.

٨) مثل عقود البيع متراخية التنفيذ، فمثلاً قد يشترى الأب شيئاً نيابة عن ابنه القاصر دون أن يعلن للبائع عن صفته، ففى هذه الحالة إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطا فالبائع يهمه التعرف على الشخص الملتزم بدفعه من أجل الموازنة وتحديد مدى إمكانية حصوله على أقساط الثمن دون معاناة أو تعرضه لمخاطر عدم إستيفائه كاملا، وفى ضوء ذلك يمارس رخصة قبول أو رفض التعامل إعمالا لمبدأ حرية التعاقد.

قصد النائب إلى التعامل لمصلحته ما لم يوجد نص تشريعي يقضي بخلاف ذلك[1].

وبناء عليه فالشخص الذى يبغى التعامل وفقاً لفكرة النيابة فى التعاقد، يجب عليه الإفصاح عن صفته الحقيقية فى التعاقد، وذلك من خلال معطيات التعبير الصادرة عنه، من أجل إتاحة الفرصة للغير لممارسة رخصة قبول أو رفض التعاقد فى ضوء الاعتبارات والعوامل التى يعول عليها والتى يختلف بطبيعة الحال تأثيرها من شخص إلى آخر.

ومن المستقر عليه فقهاً وقضاء[2] أن عقد التسخير يتم تكييفه على أنه عقد وكالة يكون الاسم المسخر فيه وكيلاً عمن أعاره، ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من حيث أن وكالته مستترة بحيث يبدو فى الظاهر وكأنه صاحب المصلحة الحقيقى فى التعاقد مع أن الواقع غير ذلك، فصاحب المصلحة والمستفيد من التعاقد هو الموكل المسخر وليس الوكيل المسخر أما غيره من الوكلاء فوكالته ظاهرة أو مكشوفة المصلحة فيها للموكل فى الظاهر والباطن ولذلك سمى بعض الفقهاء الوكيلِ المستترِ بالوكيلِ المسخر تمييزاً له عن الوكيلِ العادي.

فالوكيل المسخر إذاً هو وكيل يلتزم بالتعاقد مع الأغيار باسمه الشخصى لا باسم موكله ولكن لحساب هذا الأخير.

والوكيل المسخر هو إذن وكيل مجرد وكيل عادي عهد إليه موكله بمهمة إجراء تصرف قانونى معين مع الغير على أن يعمل هذا الوكيل باسمه الشخصى مع الغير دون أن يظهر شخصية موكله.

---

١) فقد صادر المشرع المصرى رخصة رفض التعاقد فيما يتعلق ببعض العلاقات التأجيرية، راجع فى توضيح ذلك: دكتورة/ نبيلة رسلان- القيود التشريعية على حرية التأجير والاستئجار فى ضوء أحكام القضاء والفقه سنة ١٩٨٩ - دار النهضة العربية صـ٢٩ وما بعدها.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ جمال مرسى بدر- الرسالة السابقة ص١٥٩، دكتور/ عبد الحى حجازى- النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام- العقد والإرادة المنفردة جـ١- ١٩٥٨□ صـ٧٩٨، ٧٩٩، دكتور/ عبد الرازق السنهورى- الوسيط جـ٧ المجلد الأول صـ٨١٣، ٨١٤، دكتور/محمد زكي عبد المتعال- البحث السابق - صـ٧ ومن أحكام القضاء: نقض جلسة ١١/٧/١٩٩٢ الطعن رقم ١٣١٦ لسنة ٥٦ق، الطعن رقم ٤٤٦٦ لسنة ٦١ق جلسة ٧/١١/١٩٩٣، الطعن رقم ٤٦٨٤ لسنة ٦٤ق جلسة [illegible].

والتعاقد بطريق الوكالة بالتسخير هو عقد بمقتضاه يلتزم احدهما ويسمى الوكيل بأن يقوم بإبرام تصرف قانوني بإسمه الشخصي على أن تنصرف آثاره في ذمة الطرف الآخر ويسمى الموكل، وعلى ذلك فالتعاقد من خلال فكرة الوكالة بالتسخير - وهو الفرض محور المعالجة - يفترض حدوث انفصام بين القصد الداخلي للوكيل وبين التعبير عن الإرادة الصادر منه. إذ بينما اتجه الأول إلى عقد التصرف لحساب الموكل فإن الثاني لم يتضمن وعن عمد بياناً لحقيقة صفة الوكيل التعاقدية وكونه لا يتعاقد لحساب نفسه، وإنما يتعاقد لحساب شخص معين غيره «وهو الموكل» وهذا يمثل إعاقة ومنعاً للمتعاقد معه في مباشرة رخصة قبول أو رفض التعاقد - تطبيقاً لمبدأ حرية التعاقد - على وعي وبصيرة بشخص المتعاقد معه الحقيقي.

ولئن كان الغالب أن يكون حدوث هذا الفرض وليد اتفاق بين الوكيل المسخر والموكل إلا أنه يلحق به أيضاً إن لم يوجد مثل هذا الاتفاق، وإنما كان مسلك الوكيل من تلقاء نفسه وإن كان هذا فرضاً نادر الحدوث(1).

وبالطبع فإن تسخير الموكل للوكيل واتخاذه له ستاراً يقبع خلفه لا يكون مقصوداً لذاته وإنما بغرض إحداث أثر قانوني معين، سواء في علاقته بالمتعاقد مع الوكيل أو بطائفة الأغيار، وقد يكون السبب وراء هذا مجرد تحقيق مصلحة لصالح الموكل كما قد يقترن ذلك بقصد الإضرار بالمتعاقد مع الوكيل المسخر.

وبالتالي فمن يرغب في التعاقد بطريق الوكالة بالتسخير بغرض إخفاء اسمه عن الغير لاعتبارات معينة يراها محققة لمصلحته فإنه يلجأ إلى تسخير غيره في إبرام التصرف القانوني المطلوب، أو في التعاقد بدلاً منه، ولذلك يسمى هذا الوسيط بالاسم المسخر وتسمى العلاقة القائمة بين الذي يرغب في التعاقد على هذا النحو ومن يُسخره أو يستعمل اسمه في التعاقد «عقد التسخير». وليس هناك ما يحول أن يكون عقد التسخير غير قاصر على عملية واحدة بل من الممكن أن يشمل عدة عمليات، مستمرة ويصبح الاسم المسخر وصاحبه ذا وظيفة دائمة في هذا الأمر يختفي وراءه المتعاقد الحقيقي المستفيد من التعاقد، وقد يعهد الشخص إلى الوكيل

---

(1) راجع في ذلك: دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق (أثر عدم إعلان النائب) ص٤١٧ وما بعدها.

المسخر بوظيفة دائمة لديه فمثلاً قد يرغب شخص فى أن لا يعلم أحد شيئاً عن أمواله التى يملكها سواء أراد تهريبها من ملاحقة الدائنين أو لأى غرض آخر فيتصرف فى الظاهر فى هذه الأموال بأحد عقود التصرفات لصالح آخر يستخدمه هو اسماً مستعاراً له بحيث يظهر الاسم المستعار مالكاً حقيقياً وحينئذ يكون هناك تصرف صورى مصحوب بورقة ضده[١].

والأصل أن عقد التسخير يكون عقداً مستتراً – فالاسم المسخر يتصرف فى علاقته بالغير دون أن يكشف الشخص المختفى وراءه، ومع ذلك فقد تكون هذه العلاقة ظاهرة فى بعض الأحيان ويعلم بها المتعامل معه، دون أن يتغير دور الشخصية المستعارة ولا تتغير نتائج تصرفاتها[٢].

وبناء عليه فالأصل فى عقد التسخير أنه عقد مشروع وسليم طالما أنه مستخدم فى عمل مشروع، أن استخدام الاسم المسخر عمل مشروع ولا يخفى غشاً فى القانون ولا غشاً فيما يتعلق بحقوق الغير.

وعقد التسخير هو عقد وكالة ولكنها وكالة مستترة، ومن المستقر عليه فقهاً وقضاء[٣] أن عقد التسخير هو عقد وكالة ولكنها وكالة مستترة[٤]، لأن الوسيط يستعمل كاسم مسخر لموكله، والوكالة مستترة تماماً طالما ظلت فى طى الكتمان إذ لا يوجد ما يشعر الغير أن الاسم المستعار يعمل لحساب آخر.

وفى ذلك تقول محكمة النقض فى أحد الطعون الذى طرح أمامها «بأن من يعير اسمه ليس إلا وكيلاً عمن أعاره وحكمه هو حكم كل وكيل من حيث ما يجب

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ محمد زكى عبد المتعال- البحث السابق صـ٣ .

2) Planiol: Traite de droit civil., T.2. 1926 P. 755.

٣) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الحى حجازى- المرجع السابق صـ٧٩٨، ٧٩٩، دكتور/ عبد الرزاق السنهورى- الوسيط جـ٧- المجلد الأول صـ٦١٣، ٦١٨ ، دكتور/ عبد المنعم البدراوى- النظرية العامة للالتزامات- مصادر الالتزام- جـ١- ١٩٧٥ – مكتبة سيد عبد الله وهبه صـ٢٠٨، ومن أحكام النقض: نقض مدنى: الطعنان رقما ٢٤٣٧، ٢٤٦٦ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٣/٥/٣ ، الطعن رقم ٦٤ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٢١، الطعن رقم ٤٨٦٤ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٥/٣/١٣، الطعن رقم ٥٥٧٦ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٧/١١/١ .

٤) راجع فى ذلك: دكتور/ قدرى عبد الفتاح الشهاوى – أحكام عقد الوكالة فى التشريع المصرى والمقارن- منشأة المعارف بالإسكندرية(*) صـ٤٠٦ وما بعدها.

عليه من رعاية حق موكله وضبطه من حيث مسئوليته إذا أخل بالتزامه وغصب هذا الحق أو افتأت عليه ولا فارق بينه وبين الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة. فيبدو الشأن شأنه فى الظاهر مع كونه شأن الموكل فى الواقع مما يقتضى أن تعتبر الصفقة فيما بين الموكل والوكيل قد تمت لمصلحة الموكل ولحسابه فيكسب كل ما ينشأ عن التعاقد من حقوق ولا يكسب الوكيل من هذه الحقوق شيئاً ولا يكون له أن يتحيل بأية وسيلة للاستئثار بالصفقة دونه»[1].

ومتى أصبح شخص اسماً مستعاراً لآخر فإنه يكون فى علاقاته بهذا الأخير وكيلاً عنه وهو فى الحقيقة ليس إلا كذلك وحينئذ تنطبق قواعد الوكالة وأهمها أن الوكيل لا يجوز له الاحتفاظ بالأموال التى حصل عليها ولا بالمبالغ التى حصلها فهو محاسب كما أنه وكيل[2].

وقد يكون لدى الموكل مانع – أو أكثر – قانونى أو ادبى يمنعه من إبرام التعاقد بنفسه أو من خلال نظام الوكالة الظاهر مع المتعاقد مع الوكيل المسخر، وقد يتعلق هذا المانع فى علاقة الموكل بهذا الأخير بالذات وهو الغالب أو بطائفة الأغيار عموماً. وللموانع القانونية صور عديدة منها على سبيل المثال:

١) بخصوص الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية فإنه فى حالة التزاحم بين شفعاء من طبقة واحدة فإنه عملاً بما تنص عليه المادة ٩٣٧ مدنى فى هذا الصدد فإن المشترى يفضل متى كان شفيعاً فلو تصورنا أن: الطرف (أ) هو الموكل والطرف (ب) هو الوكيل المسخر وهو أحد الذين تتوافر فيهم شروط الأخذ بالشفعة، والطرف (ج) هو البائع فإن (أ) قد يدفع (ب) إلى إبرام العقد مع (ج) دون أن يبرز وكالته ولم يعلم بهذا الأخير[3] وحتى يمنع باقى الشفعاء من ذات طبقة (ب) من أخذ العقار المبيع المشفوع فيه بالشفعة.

---

١) نقض مدنى جلسة ١٩٩٧/١١/١ الطعن رقم ٥٥٧٦ لسنة ٥٦ ق .

٢) راجع في ذلك: دكتور/ محمد زكى عبد المتعال- البحث السابق ص٧ ، نقض مدنى: جلسة ١٩٧٩/٦/١٦ الطعن رقم ١٢٨٣ لسنة ٤٨ق «لم ينشر» .

٣) لأن علم المتعاقد مع الوكيل علماً فعلياً أو حقيقياً بصفته الحقيقية فى التعاقد تجعلنا حتماً بصدد وكالة ظاهرة كما سبق القول.

٢) إذا ما افترضنا أن (أ) شخص يملك الحد الأقصى من الأراضي الزراعية أو البور أو الصحراوية فإن رغبته في تملك المزيد منها قد تدفعه إلى تسخير شخص آخر وليكن (ب) في شراء أراضي أخرى بعد أن يبرز وكالته ولم يعلم بها المتعاقد معه.

٣) إذا كان (أ) هو بائعاً لمحل تجاري للمشتري (ج) وبالتالي يكون ملتزماً قبله بشرط عدم المنافسة إلا أنه يكون مخلاً بالتزامه إذا هو سخر شخصاً آخر (ب) لشراء وإفتتاح محلاً تجارياً ثانياً يتنافس مع المحل الأول دون أن يبرز وكالته ودون أن يعلم المتعاقد معه بها.

٤) إذا كان (أ) و (ج) هما شخصين كل منهما دائن ومدين للآخر فيمكن لأحدهما وليكن (أ) أن يحول حقه في ذمة آخر وليكن (ب) كمسخر ليتفادى دفع (ج) بالمقاصة أما عن الموانع الأدبية[1] التي قد توجد لدى الموكل وتحول بينه وبين إبرامه للتعاقد بنفسه أو من خلال نظام الوكالة الظاهرة فهي الأخرى متعددة ومنها على سبيل المثال:

١- إذا افترضنا أن (أ) مشترٍ و(ج) بائع وأنه توجد خلافات عائلية أو شخصية بينهما فإن ذلك يكون من شأنه أن يدفع (أ) إلى تسخير آخر وليكن (ب) ليشتري له المال المبيع من (ج) ودون أن يبرز (ب) سند وكالته ودون أن يعلم بها (ج) ففي هذا الفرض فإن (أ) يدرك أن (ج) لو علم بأن (ب) يبرم التعاقد لحسابه لامتنع عن إتمامه أو على الأقل لطالب بثمن مغالٍ فيه.

٢- إذا كان (أ) دائناً لـ (ب) وكان بينهما علاقات قرابة أو صداقة فإذا ما طالب (أ) (ب) بالمستحق عليه فإنه يخشى أن يؤثر ذلك على علاقات القرابة أو الصداقة التي تربط بينهما، ومن أجل تفادي ذلك فإن (أ) يلجأ إلى تسخير شخص آخر وليكن (ج) ويحيل له الدين المستحق له لدى (ب) على أن يتولى (ج) مطالبة (ب) بالدين دون أن يشعر الأخير بأن (ج) مسخراً من قبل (أ) ودون أن يعلم بأن (ج) كان مسخراً.

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهوري- الوسيط جـ٧ المجلد الأول صـ٨٠٤-٨٠٩ .

٣- في البيع بالمزاد العلني إذا كان أحد الراغبين في المزايدة وليكن (عمـــرو) يخشى من أنه إذا تقدم بنفسه أو بوكيل ظاهر عنه في هذا المزاد أن يرفـــع المزايدون الآخرون السعر لو علموا بحاجته إلى هذه الصفقة فيلجأ في سبيل ذلك إلى تسخير (زيد) للمشاركة في المزاد باسمه الشخصي بدلاً منه ولكن لحساب (عمرو) أو أن يرغب (عمرو) في عدم إعلام جمهور المتعاملين أو المزايدين بأنه سوف يشترك في المزاد فإن ذلك قد يدفعه أيضاً إلى تسخير آخر وليكن (زيد) ليتقدم للمزاد باسمه الشخصي لا باسم الموكل (عمـــرو) وإن كان لحساب هذا الأخير[1].

٤- إذا كان (أ) هو صاحب حق متنازع فيه ونظراً لأنه لا يرغب في الظهور باسمه في المنازعات القضائية فإنه يلجأ في سبيل ذلك إلى تسخير آخر وليكن (ب) لاتخاذ إجراءات التقاضي باسمه الشخصي.

٥- إذا كان (أ) هو صاحباً لحق متنازع فيه ونظراً لرغبته في الكيد واللدد لخصومة فإنه قد يرى أن يبيع هذا الحق لمسخر وليكن (ب) حتى يغير المحكمة المختصة محلياً بنظر النزاع فيما لو رفعت عليه الدعوى شخصياً.

يبقى لنا في هذا المقام أن نعرف مدى مشروعية التعاقد وصحته من خلال فكرة الوكالة بالتسخير فإذا ما افترضنا أن (أ) هو الموكل و(ب) الوكيل المسخر و(ج) المتعاقد مع الوكيل المسخر فإنه في هذا الصدد ينبغي التمييز بين حكم تعاقد (أ) مع (ب) أي اتفاق التسخير ذاته، وبين تعاقد (ب) مع (ج) والذي كان إبرامه هو الدافع إلى التسخير.

وفيما يتعلق بمدى صحة اتفاق الوكالة بالتسخير بين (أ) و(ب) فإننا نرى أن مناط الأمر وعماده هو ركن السبب في هذا الاتفاق، فهو يمثل الدافع إلى التسخير والباعث عليه فإن كان يخالف قاعدة آمرة تتعلق بالنظام العام أو الآداب – كما في المثال الثاني من الموانع القانونية التي يلجأ الموكل إلى اتفاق التسخير تفادياً لها – كان باطلاً بطلاناً مطلقاً، أما إذا كان بقصد الإضرار بمصلحة الغير – كما في المثال الأول والثالث والرابع من الموانع القانونية والمثال الخامس من الموانع

---

١) راجع نص المادة ٤٤٤ مرافعات.

الأدبية – كان قابلاً للإبطال لمصلحته، وقد يكون التسخير مشروعاً – كما في المثال الخامس والسادس والسابع من الموانع الأدبية – فلا غرو فيه.

أما بخصوص حكم التعاقد الذى تم بين (ب) الوكيل المسخر و(ج) المتعاقد معه فإنه متى كان التسخير مشروعاً وفى ضوء ما ورد بنص المادة ١٢٥ مدنى فإن ما أتاه الوكيل المسخر من تعمده عدم إعلام المتعاقد معه بصفته الحقيقية فى التعاقد – صراحة أو ضمناً – وكونه لا يتعاقد لحساب نفسه وإنما لحساب شخص معين ولاشك أن تعمد الوكيل المسخر فى عدم الإفصاح عن صفته الحقيقية فى التعاقد لمن يبغى المساهمة معه فى تكوين الرابطة العقدية يعتبر تدليساً بالمعنى الفنى، لأن الفرض محل المعالجة أن هذه الصفة كانت محل اعتبار من جانب المتعاقد مع الوكيل المسخر وأنه لو كان يعلم بها – منذ البداية – أى بما انصرف إليه قصد هذا الأخير فيما يتعلق بالشخص الذى تتأثر ذمته المالية بثمار العقد لما ساهم معه فى تكوين الرابطة العقدية لأنه لا يرغب من حيث المبدأ فى التعامل مع الموكل لاعتبارات معينة.

ومعنى ذلك أن إضفاء صفة المشروعية على عملية التعاقد التى تتم بطريق الوكالة بالتسخير لا ينفى وجود المسلك التدليسى[1]. حيث إنه لا يوجد فى حقيقة الأمر تلازم بينهما، فقد يكون الهدف من إخفاء صفة الأصيل عديم الأثر بالنسبة للمتعاقد مع الوكيل المسخر ويبدو ذلك واضحاً فى دائرة المعاملات التى تتم بطريق المزاد العلنى وقد يكون لها دور مهم وفعال فى تكوين قصد المتعاقد مع الوكيل المسخر بغض النظر عما إذا كان هذا الأخير يعلم بذلك، أم أنه يعتقد خطأ بانتفاء هذا الدور، ومن هنا يتعين على كل شخص يبغى المشاركة فى إبرام عقد معين نيابة عن شخص محدد الإفصاح عن صفته الحقيقية فى تكوين العقد. ونظراً لأن الوكيل المسخر ومن فى حكمه[2] يكون قد أخل بهذا الالتزام فإن مسلكه يعتبر تدليساً بالمعنى الفنى، حيث إن عدم إفصاحه عن حقيقة صفته وفقاً لما انصرف إليه قصده يفسر من جانب من ساهم معه فى تكوين العقد على أنه يتعاقد بالأصالة عن نفسه

---

١) حيث إنه لا يشترط فى المسلك التدليسى أن يكون مكوناً لجريمة نصب. راجع فى ذلك: دكتور/إبراهيم الدسوقى أبو الليل– المرجع السابق صـ٣٧١ .

٢) وهو من يخفى حقيقة صفته فى التعامل مع الغير من تلقاء نفسه.

وذلك تمشياً مع الأصل العام فى التعاقد، وهذا لا يعدو أن يكون تطبيقاً لما جاء فى نص المادة ١٢٥ مدنى والذى يجرى نصها على أنه «يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد» فقرة أولى «ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة» فقرة ثانية.

وبناء عليه يجوز للمتعاقد مع الوكيل المسخر طلب إبطال العقد وفقاً لأحكام التدليس الذى يعيب التراضى أو التنازل عن هذا الحق وفقاً لما تقتضيه مصلحته الشخصية فإذا ما اختار الحل الأول، فإنه يحكم بالإبطال وبالتالى تزول الرابطة العقدية بأثر رجعى[1] وفى هذه الحالة يمكنه الرجوع على الوكيل لمطالبته بالتعويض عن الضرر الذى لحق به والناتج عن المسلك التدليسى، وتقوم الدعوى على قواعد المسئولية التقصيرية للوكيل المسخر.

وجدير بالذكر أن الوكيل لا يمكنه توقى آثار دعوى الإبطال عن طريق إبداء رغبته فى تأثر ذمته المالية بثمار العقد، وفقاً لما جاء فى نص المادة ١٢٤ مدنى لأن هذا النص خاص بتجنب دعوى الإبطال الناتجة عن الوقوع فى غلط فقط بدليل أنه جاء من بين النصوص التى تنظم أحكام الغلط ولو كان المشرع يقصد تطبيقه فى دائرة التدليس لنص على ذلك صراحة عن طريق الإشارة إليه[2].

غير أنه ليس هناك ما يحول من الناحية الفنية دون إبداء الوكيل رغبته فى نفاذ التصرف فى ذمته المالية وفى هذه الحالة لا تبدو للمتعاقد معه مصلحة فى رفع دعوى الإبطال أو الاستمرار فيها، والقاعدة أنه متى انتفت المصلحة رفضت الدعوى ولا شك أن النائب له مصلحة فى تحاشى دعوى الإبطال والرجوع عليه لمطالبته بالتعويض وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية. وبذلك يتفق هذا الحل مع حالة الإهمال فى الإعلان عن الصفة وإن كان يختلف معه من ناحية الأساس، ففى حالة الإهمال أو التقصير تبنى تحاشى دعوى الإبطال على أساس أن المشرع قرّر للنائب

١) إعمالاً لنص المادة ١٤٢ فقرة١ مدنى.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد- المرجع السابق (أثر عدم إعلان النائب) صـ٢٢٢، ٢٢٣.

حقاً بمقتضى نص المادة ٢/١٢٤ مدنى وعلى العكس من ذلك فى حالة التعمد يكمن الأساس في فكرة المصلحة وفارق بين هذا الأساس وذلك(١).

ولاشك أن هذا الاختلاف تبدو أهميته فى حالة ما إذا كان هناك تعاصر بين إبداء الوكيل المسخر رغبته فى نفاذ العقد فى ذمته المالية وتنازل المتعاقد معه عن الاعتبار الشخصى فى التعاقد من خلال طلب قيام الرابطة العقدية مع شخص الأصيل مباشرة، ففى حالة ما إذا كان عدم الإعلان عن الصفة يرجع إلى إهمال أو تقصير فإنه تفضل مصلحة الوكيل، لأنه يمارس حقاً قرره المشرع له صراحة، ومن ثم فإن الرابطة العقدية بين المتعاقد معه والأصيل لا تنشأ متى كان قد أبدى رغبته فى نفاذ التصرف فى ذمته المالية وعلى العكس من ذلك فى حالة تعمد الوكيل المسخر عدم الإفصاح عن الصفة حيث أنه يجب تفضيل مصلحة المتعاقد معه لأنه يمارس حقاً. أما بالنسبة للوكيل المسخر فإن تجنبه دعوى البطلان مستمد من فكرة المصلحة(٢).

وقد يقال بأن هذا الحل يترتب عليه فتح الباب أمام عمليات التحايل بما يهدد مصالح الأصيل، غير أن هذا القول مردود عليه بأن حكم القواعد العامة يوفر الحماية اللازمة لهذا الأخير. وبناء عليه إذا فضل المتعاقد مع الوكيل الحل الثانى فإنه يكون قد تنازل عن الاعتبار الشخصى فى التعاقد الذى عول عليه، وفى هذه الحالة تنشأ الرابطة العقدية بمعناها الموضوعي بينه وبين الأصيل مباشرة دون حاجة إلى موافقة الوكيل المسخر، ومعنى ذلك أن إرادة هذا الأخير لا يكون لها دور في قيام هذه الرابطة، ومن هنا يبدو الفارق بين ما إذا كان عدم الإفصاح عن الصفقة يرجع إلى إهمال الوكيل المسخر أو تعمده ذلك(٣).

ويترتب على اختيار المتعاقد مع الوكيل المسخر هذا الحل وجوب إضفاء صفة الطرف بالمعنى المادى أو الموضوعى على شخص الأصيل وانحسارها عن الوكيل، إضافة إلى أنه لا يجوز للمتعاقد الرجوع على هذا الأخير لمطالبته بالتعويض عن الضرر الذى لحق به لأن هذا الحق يكون مقروناً بالحق فى طلب

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد– المرجع السابق صـ٢٢٣ .
٢) راجع فى ذلك دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢٢٤.
٣) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢٢٤.

الإبطال والقاعدة أنه متى تنازل الشخص عن حقه فلا يجوز له المطالبة بـــه بعـــد ذلك[١] وقد يكون إعلان النائب عن صفته العقدية صريحاً أو ضمنياً.

أولا: الإعلان الصريح للنائب

وعلى ذلك يجب على النائب أن يعلن عن حقيقة صفته صراحة عندما يقـــدم على التعاقد مع الغير، وذلك يتحقق بأن يكشف عن حقيقة وضعه فى التعاقد، هـــل يتعاقد لمصلحته الشخصية ؟ وفى هذه الحالة يتعين عليه أن يعلن للغير من خـــلال معطيات تعبيره بأنه يتعاقد عن نفسه ولنفسه وأن ثمار العقد سوف تتـــصرف إلـــى ذمته المالية وأنه المستفيد من هذا التعاقد، ويتحقق ذلك من خلال إبرامه العقد باسمه الشخصى وحينئذ يكون النائب قد أعلن صراحة عن وضعه التعاقدى للغير. ولكن قد يحدث أن يختلف التعبير الصادر من النائب عن حقيقة قصده. فقـــد يـــستفاد مـــن معطيات تعبير النائب أنه يبغى التعامل لمصلحته الشخصية، ولكن حقيقـــة قـــصده الداخلى تؤكد أنه يبغى التعاقد لمصلحة أحد الأغيار ومثال ذلك أن يبدى الـــشخص رغبته فى الاستئجار لمصلحته الشخصية، وذلك من خلال معطيات تعبيره الصادرة عنه، فى حين أن قصده قد انصرف إلى الاستئجار لمصلحة شخص آخر وفى هـــذه الحالة نواجه مسألة اختلاف معطيات التعبير مع حقيقة القصد.

ولقد أخذ القانون المصرى بنظرية الإرادة الباطنة[٢] ولكنه أكملها بنظريـــة

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد - المرجع السابق صـــ٢٢٤.

٢) والتى تبنتها - من حيث المبدأ - كافة التشريعات التى تتألف منها العائلة القانونية اللاتينيـــة مـــن ذلك: التشريع الفرنسى - راجع فى ذلك وعلى سبيل المثال:

RIEQ (A), Th précé, N°.430 et. s,p.430 et, s.contrat, 4ᵉ, éd, GOLAND, et Boyer (L), les obligations, 2 contrat, 4ᵉ, éd, 1993, p.62.et.s .
(B) STARCK, les obligations, 2 contrat, 4ᵉ, éd, p.114 et s.

- التشريع الجزائرى راجع دكتور/ محمد صبرى السعدى- شرح القـــانون المـــدنى الجزائـــرى- النظرية العامة للالتزامات جـــ١ مصادر الالتـــزام- الكتـــاب الأول- الطبعـــة الأولـــى ١٩٨٦ صـــ١٠٢، ١٠٣.
- التشريع المصرى راجع فى ذلك وعلى سبيل المثال:

دكتور/ حمدى عبد الرحمن- المرجع السابق صـــ١٢٣، دكتور/ سليمان مرقص- المرجع الـــسابق صـــ١٤٨ وما بعدها، دكتور/ عبد المنعم فرج الصدة - نظرية العقـــد فـــى الـــشريعة الإســـلامية والقانون الوضعى جـــ١ دار النهضة العربية ١٩٩٠ صـــ١٨٣، دكتور/ وليم سليم قلادة - التعبير عن الإرادة فى القانون المدنى المصرى- رسالة دكتوراه- جامعة القاهرة عـــام ١٩٥٥ المطبعـــة التجارية الحديثة بالقاهرة صـــ٢٣٧ وما بعدها، وإن كان بعضاً من الفقه قد تشكك فى أن الإدارة=

الإرادة الظاهرة وذلك لحماية استقرار المعاملات حيث وازن في ذلك بين اعتبار احترام الإرادة الباطنة واعتبار استقرار المعاملات في المجتمع.

ونظراً لأن القصد يعد من الأمور النفسية الداخلية التي يستحيل على طائفة الأغيار العلم بمحتواه، فإنه يتعين الإفصاح عنه بإحدى الوسائل المختلفة. ومن هذه الوسائل اللفظ، وذلك بتحدث الشخص المقدم على التعاقد مع من يبغى التعاقد معه وإعلامه بأنه يبغى التعاقد معه لمصلحة شخص محدد، أي يتعاقد بصفته نائباً وليس أصيلاً عن نفسه، ومن هذه الوسائل أيضاً الكتابة، حيث يستطيع من يبغى التعامل مع الغير نيابة عن شخص محدد أن يعلن عن صفته الحقيقية في التعاقد وذلك عن طريق تبادل الرسائل والبرقيات أو تقديم الطلبات المكتوبة، والتي تفيد بأنه يتعاقد بصفته نائباً عن الغير، كما يستطيع الشخص المقدم على التعاقد أن يعلن عن حقيقة صفته التعاقدية من خلال الإشارة المتعارف عليها والتي يستفاد منها أنه يتعاقد لمصلحة شخص محدد. ومن هنا جرت أقلام شراح القانون المدني على أن إرادة التعاقد بمعناها الفني تتكون من عنصرين: أحدهما معنوي وهو القصد، والآخر مادي ويسمى التعبير[1].

وعلى ذلك فالتعبير الذي يساهم في بناء العقد بمفهومه الفني، وهو الذي يصدر مطابقاً لحقيقة قصد صاحبه[2] ويتصل بعلم من وجه إليه على هذا النحو،

=الباطنة مازالت محتفظة بقيمتها في التشريع المصري ورأى أن وجودها أصبح نظرياً. فقد تم القضاء في واقع الأمر عليها من خلال الاستثناءات التي وردت عليها. راجع في ذلك دكتور/عبدالرزاق السنهوري- المرجع السابق- نظرية العقد صـ١٨٠، ١٨١ وقارن دكتور/حسام الدين الأهواني- المرجع السابق صـ٦٨، ٦٩، ٧٠ .

• التشريع المدني السوداني والأردني واللبناني والليبي. راجع في ذلك: دكتور/ عبد المنعم فرج الصدة- المرجع السابق- نفس الموضع.

١) راجع في ذلك وعلى سبيل المثال: دكتور/ منصور مصطفى منصور - دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني- خلاصة دروس لطلبة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص- كلية الحقوق- جامعة عين شمس ١٩٩٢□ صـ٢٤ وما بعدها، دكتور/ وليم سليم قلاده- الرسالة السابقة صـ٣ ومابعدها.

RIEG (A) Th précé 38 et s.

٢) وعلى ذلك يتعين على كل شخص يبغى المساهمة في تكوين علاقة تعاقدية مع أحد الأغيار التأكد من أن صدور ووصول تعبيره لمن وجه إليه مطابقاً لمحتوى قصده.

والغالب أن يكون التعبير صريحاً ويصدر متوائماً مع قصد صاحبه[١] ولكن هذا الغالب ليس مطلقاً فمن ناحية قد يعبر الشخص عن إرادته نحو إنشاء التزام صراحة دون أن يتضمن هذا التعبير بعض المسائل الجوهرية التي انصرف القصد نحوها[٢] أو يصدر مطابقاً لهذا الأخير، ولكنه يصل إلى علم من وجه إليه على نحو مخالف بالنسبة لهذه المسائل. وقد لا توجد ظروف وملابسات توضح هذه الأخيرة، ففي هاتين الحالتين نكون بصدد اختلاف أو عدم تطابق بين التعبير والقصد بالمفهوم الذي عناه المشرع بشأن حكم نص المادة ١٠٦ مدني.

ومن ناحية أخرى قد تحيط بالعقد – أثناء عملية تشييده – ظروف وملابسات يمكن لمن وجه إليه التعبير الصريح من خلالها الوقوف على حقيقة القصد، فيما يتعلق بالمسائل التي لم تتضمنها معطيات هذا الأخير. فمثلاً قد يعبر الشخص عن إرادته الصريحة دون أن تتضمن معطيات هذا التعبير صفته الحقيقية في التعامل، وكونه يبغي المساهمة في تكوين العقد نيابة عن شخص محدد أو كان التعبير قد صدر متضمناً تحديد هذه الصفة، ولكنه وصل إلى علم من وجه إليه على نحو يخالف الحقيقة بشأن تلك الصفة. ففي هذه الحالة قد تنتفي الظروف والملابسات التي تمكن من وجه إليه التعبير من العلم بصفة صاحب هذا الأخير في التعامل، وهنا نكون بصدد اختلاف بالمفهوم القانوني بين التعبير وقصد صاحبه بخصوص الصفة في التعامل، لأن التعبير الذي يصل إلى علم من وجه إليه خالياً من تحديد صفة صاحبه في التعاقد يفسر وفقاً للأصل العام الذي يقضي بأن آثار العقد تنصرف في ذمة من يساهم بإرادته في تكوين العقد[٣].

---

١) من ناحية طبيعة أو مضمون أو محل أو سبب العقد أو الصفة في التعاقد.

٢) سواء كان ذلك عن عمد أو إهمال (لتوضيح ذلك راجع دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢٠٣).

٣) شبه إجماع الفقه والقضاء على ذلك. راجع وعلى سبيل المثال: دكتور/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل- المرجع السابق صـ١٤٢، دكتور/ ثروت حبيب – المصادر الإرادية للالتزام في القانون المدني الليبي- منشورات جامعة قاريونس سنة ١٩٧٨ صـ١٤٦، ١٤٧، دكتور/ جمال مرسي بدر- المرجع السابق صـ١٥٤ وما بعدها، دكتور/ حامد زكي- دروس في الالتزامات- الطبعة الأولى- مكتبة عبدالله وهبه سنة ١٩٤٧ صـ٧٨، دكتور/ حسام الدين الأهواني- المرجع السابق- صـ٣٣٤، ٣٣٥، دكتور/ حمدي عبد الرحمن-المرجع السابق صـ١٦٨، ١٦٩، ١٧٠، دكتور/ سليمان مرقص-المرجع السابق صـ٢٣٦، دكتور/ سمير عبد السيد تناغو ودكتور/ نبيل إبراهيم=

ولكن قد توجد ظروف وملابسات توضح حقيقة الصفة فى التعامل والتى لم يتم الإفصاح عنها صراحة.

ومن هذا المنطلق يثور التساؤل حول مفهوم الإعلان الذى عناه المشرع فى المادة ١٠٦ مدنى، وهل يقتصر هذا الإعلان على الإعلان الصريح أم أنـــه يـــشمل أيضاً الإعلان الضمنى؟

لاشك أن إرادة المشرع قد انصرفت إلى وجوب الأخذ فى الاعتبار نوع الإعلان الذى يجب أن يصدر من النائب لدى إقدامه على إبرام التعاقد مع الغير وآية ذلك:

أولاً: أن عبارة نص المادة ١٠٦ مدنى جاءت عامة حيث نصت على أنـــه «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد ...» مما يـــستوجب صـــرفها إلـــى الإعـــلان الصريح والضمنى على حد سواء. والقول بخلاف ذلك فيه تخصيص للـــنص دون مخصص، ولو كان المشرع يقصد فى هذا الشأن التعبير الصريح فقط لما تردد فى إضافة لفظ «صراحة» إلى المادة الخام التى استخدمها فى الصياغة، وجاء الـــنص على النحو التالى «إذا لم يعلن العاقد صراحة ...» خاصة وأن اللجنـــة التـــشريعية ليست مقيدة باستخدام كمية محددة من الألفاظ والعبارات التى تصاغ بها النـــصوص القانونية[١].

=سعد-المرجع السابق صـــ١١٩، دكتور/ عبد الحى حجازى-المرجع الـــسابق صـــ٧٦٢، ٧٦٣ فقرة رقم ٥٦٥، دكتور/ عبد الرزاق السنهورى- المرجع السابق (نظرية العقد) صـــ٢١٨، ٢١٩، دكتور/عبد المنعم البدراوى - النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى جـ١ مصادر الالتزام١٩٨٩□ صـــ١٠٥، دكتور/ عبد المنعم فرج الصدة- المرجع السابق (مـــصادر الالتـــزام- نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقـــانون الوضـــعى جــــ١) دار النهـــضة العربيـــة ١٩٩٠ صـــ٣٣٦، دكتور/ عبد الفتاح عبد الباقى - مصادر الالتزام فى القانون المدنى الكـــويتى- نظريـــة العقد والإرادة المنفردة- دار الكتاب الحديث سنة ١٩٨٨ صـــ٢٠٣، دكتور/ محمد حمدى مكـــى- الرسالة السابقة صـــ١٩٣، دكتور/ محمد صبرى السعدى- المرجـــع الـــسابق صـــ١٥٣، ١٥٤، دكتور/ محمد لبيب شنب- المرجع السابق صـــ٧٤، ٧٥، ٧٦، دكتور/ منصور مصطفى منصور - المصادر الإرادية للالتزام- دروس لطلبة كلية الحقوق جامعة الكويـــت ســـنة ١٩٨٨□ صـــ٨٦، دكتورة/نجوى فوزى شفيق -التصرف عن الغير فى القانون المدنى- دراســـة مقارنـــة- رســـالة دكتوراه- جامعة القاهرة سنة ١٩٩٤ صـــ١٤٦، نقض مدنى ١٩٨٩/٣/٥ الطعن رقـــم ١ لـــسنة ٥٨ق مجموعة النقض المدنى ١٩٨٩ جـــ١ صـــ٧٢٤، نقض مـــدنى ١٩٨٩/٥/٣١ طعـــن رقـــم ١١٥٥ لسنة ٥٤ق مجموعة النقض المدنى ١٩٨٩ جـــ٢ صـــ٥٠٨، نقض مـــدنى ١٩٨٥/١/١٦ الطعن رقم ٧٣٠ لسنة ٥٤ق مجموعة النقض المدنى جـــ١ ١٩٨٥ صـــ١٢٩ .

١) راجع في ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـــ٦٤، ٦٥.

ثانياً: أن المشرع أجاز بنص المادة ٢/٩٠ مدنى أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً، ما لم يستلزم القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أن يجيئ صريحاً. ولاشك أن نص المادة ١٠٦ مدنى جاء وفقاً للتحديد السابق بيانه عاماً وخالياً من القيود، إضافة إلى أن طبيعة المعاملة وفقاً لفكرة النيابة فى التعاقد لا تحول دون استخدام النائب نوعى الإفصاح عن صفته فى وقت واحد، وعلى ذلك إجماع الفقه والقضاء[١] فقد استقر الأمر بينهم على أنه ليس هناك ما يحول – من الناحية الفنية والقانونية والواقعية – دون أن يعبر النائب عن صفته الحقيقية فى التعامل، وكونه يتعاقد نيابة عن شخص محدد من خلال ظروف وملابسات التعاقد، كما هو الحال بالنسبة للعامل فى المحل التجارى الذى يتعاقد مع العملاء دون أن يفصح لهم صراحة عن صفته الحقيقة فى التعامل، ويكتفى فى هذا الشأن بالظروف والملابسات التى تحيط بالعقد أثناء مرحلة تكوينه والتى يمكن من خلالها الوقوف على هذه الصفة[٢]، وأيضاً السائق الذى يعبر عن إرادته فى شراء قطع غيار للسيارة التى يقودها، دون أن يعلن صراحة عن صفته فى التعامل لمن يتعاقد معه[٣] وكذلك الشخص الذى يتعامل مع الزوجة وهى تشترى منقولاً لمنزل الزوجية كالأجهزة الكهربائية مثلاً، يفترض علمه بأن الزوجة تعاقدت معه بصفتها نائبة عن الزوج، ومن ثم فإن الرابطة العقدية تنشأ بين هذا الأخير والمتعاقد مع الزوجة، ولا يجوز الرجوع على هذه الأخيرة إعمالاً لقواعد النيابة فى التعاقد. ففى كل هذه الأمثلة يمكن استخلاص صفة النائب الحقيقية فى التعامل من خلال هذه الظروف والملابسات، ومن ثم نكون بصدد تواءم بين تعبير النائب وقصده بشأن صفته فى التعامل مع طائفة الأغيار[٤] ولاشك أن تجاهل أو إهمال تلك الظروف والملابسات

١) انظر المراجع المشار إليها فى هامش رقم ١ من صـ١٤٦ من الرسالة.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ سليمان مرقص- المرجع السابق صـ٢٣٩ ، دكتور/ عبد الفتاح عبدالباقى- المرجع السابق صـ٢٠٥ .

٣) راجع فى ذلك: دكتور/ ثروت حبيب- المرجع السابق صـ١٤٧.

٤) ومن ثم يكون النائب قد تعامل باسم الأصيل مما يستوجب خضوع أثر العقد لنص المادة ١٠٥ من القانون المدنى والذى يقابله نص المادة ٥٧ من القانون المدنى الكويتى. ولا يجوز تطبيق حكم نص المادة ١٠٦ مدنى والذى يقابله نص المادة ٥٨ مدنى كويتى كما يذهب إلى ذلك جانب كبير من الفقه. راجع فى ذلك وعلى سبيل المثال: دكتور/ إبراهيم دسوقى أبو الليل- المرجع السابق-

يترتب عليه وجود اختلاف بين التعبير والقصد، وهذا يتنافى وبما لا يدع مجالاً للشك مع قصد النائب.

وبناء عليه فإنه فيما يتعلق بإعلان النائب صراحة عن حقيقة صفته في التعاقد وأنه يتعاقد بصفته نائباً عن شخص محدد، فإن ذلك يتحقق عندما يصرح للغير المتعاقد معه أنه يتعاقد بصفته نائباً عن أحد الأغيار، وذلك من خلال معطيات التعبير الصادرة عنه ويبرز له سند وكالته عن الغير. في هذه الحالة تتحقق واقعة الإعلان الصريح من جانب النائب.

ثانيا: الإعلان الضمنى للنائب

ومتى أبرم النائب في حدود نيابته تصرفاً قانونياً باسم الأصيل فإن النتيجة الحتمية لذلك التصرف هو انصراف آثاره بحكم النيابة لكى تلحق بالأصيل مباشرة، فتنشغل ذمته المالية بما يتولد عن ذلك من التزامات كما يضاف إليها ما ينشأ عنه من حقوق، وفي هذا الأثر تتجلى القيمة العملية لنظام النيابة في التعاقد بمختلف تطبيقاته المتعددة في القانون، فالنيابة تسمح للشخص بأن يجنى مباشرة النتائج الاقتصادية لتصرفات قانونية لم يبرمها هو وإنما قام بها شخص آخر أحل إرادته محل إرادة صاحب الشأن إما برضاء هذا الأخير أو بحكم القانون.

وقد نص القانون المدني على أثر النيابة في المادة ١٠٥ بقوله «إذا ابرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل» كما عقبت المادة ١٠٦ من القانون المدنى والذي ينساب نصها على أنه «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب».

وعلى ذلك فتحقق أثر النيابة بإضافة ما ينشأ عن تصرفات النائب من حقوق والتزامات إلى الأصيل مباشرة رهن بعلم الغير المتعاقد مع النائب بأن الأخير إنما

=صـ١٤٢، دكتور/ ثروت حبيب- المرجع السابق صـ١٤٧، دكتور/ عبد الفتاح عبد الباقى- المرجع السابق صـ٢٠٥، دكتور/ محسن عبد الحميد إبراهيم البيه- المرجع السابق صـ١٩٠.

يتعاقد بصفته نائباً عن شخص آخر وليس متعاقداً لمصلحته الشخصية أي بصفته أصيلاً عن نفسه، وهذا العلم بوجود النيابة قد يكون علماً حقيقياً أو مفترضاً، والنيابة لا تنتج أثرها بإنشاء العلاقة القانونية المباشرة بين الأصيل والغير المتعاقد معه النائب إلا إذا كان قصد كل من النائب والغير – وهما المنشئان للعقد بتلاقي إرادتيهما – قد انصرف إلى إنتاج ذلك الأثر[1]، ولا يتصور انصراف قصد كل من النائب والغير إلى ذلك إلا إذا كان العلم بوجود النيابة مشتركاً بينهما، والصورة المثلى للاشتراك في العلم بالنيابة هي أن يعلن النائب عند التعاقد أنه يتعاقد بصفته نائباً عن الأصيل وهو ما عنته المادة ١٠٥ من القانون المدني المتقدم ذكرها عندما نصت على إبرام النائب عقداً في حدود نيابته باسم الأصيل على أنه لا محل للتمسك بحرفيه هذا النص واشتراط ذكر اسم الأصيل صراحة عند التعاقد لأن المقصود هو علم الغير المتعاقد بأن العقد إنما يتم بطريق النيابة وهذا العلم كما قد يكون عن طريق الإعلان الصريح من جهة النائب قد يتحقق بطرق أخرى كما هو واضح من نص المادة ١٠٦ من القانون المدني.

وعلم الغير بكون العقد حاصلاً بطريق النيابة قد يكون نتيجة لإعلان النائب اسم الأصيل عند التعاقد أي أنه ذكر صراحة للغير المتعاقد معه أنه يتعامل باسم الأصيل وليس باسمه الشخصي، وقد يكون علم الغير بالنيابة ضمناً وذلك بأن يستفاد ذلك من الظروف والملابسات التي أحاطت بعملية التعاقد[2] وقد يتحقق العلم بوجود النيابة أيضاً إذا كان الغير المتعاقد مع النائب يعلم بوجود النيابة علماً فعلياً أو مفترضاً، ويتحقق إعلان النائب عن صفته الحقيقية في التعاقد بالمعنى اللفظي لذلك وذلك بأن يعلن النائب ويخبر الغير المتعاقد بحقيقة صفته العقدية، كما قد يتحقق الإعلان نتيجة للظروف والملابسات التي يعلمها الغير دون أن يذكرها المتعاقد معه وهذه الظروف والملابسات يجب أن تكون موضوعية بحيث يمكن من خلالها

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ جمال مرسي بدر – الرسالة السابقة صـ١٥٦، دكتور/ عبد الحي حجازي – المرجع السابق صـ٦٢٠، دكتور/ عبد الرزاق السنهوري – نظرية العقد (مشار إليه سابقاً) صـ٢٢٢.

٢) راجع في ذلك: دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد – المرجع السابق (أثر عدم إعلان النائب...) صـ٤٦ وما بعدها.

الوقوف على تلك الصفة[1]، كما في حالة تأجير الوصي لعقار مملوك للقاصر فإن آثار عقد الإيجار تنصرف إلى ذمة القاصر دون حاجة إلى أن يذكر الوصي صراحة أنه يتصرف مع المستأجر بصفته وصياً لأن الوقوف على هذه الصفة يمكن معرفتها من ظروف وملابسات التعاقد، وكذلك الحال عند قيام الولي ببيع شيء مملوك للصغير فإن الآثار المترتبة على عقد البيع سواء كانت حقوقاً أو التزامات تنصرف في ذمة الصغير وذلك دون حاجة إلى أن يقرر الولي صراحة للغير المتعاقد معه أنه بأنه يتعاقد معه بصفته وليا عن الصغير بل أن هذه الصفة تستخلص من الظروف والملابسات التي أحاطت بعملية التعاقد. وإعلان النائب عن صفته الحقيقية أثناء التعاقد للغير الذي يتعاقد معه قد يتم صراحة أي يعلن النائب ويفصح أنه يتعاقد بصفته نائباً عن شخص محدد، وقد يتحقق ذلك عن طريق الظروف والملابسات التي أحاطت بعملية التعاقد والتي يستفاد منها أن النائب يتعاقد

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل- المرجع السابق صـ١٤٢. دكتور/ انور سلطان - مصادر الالتزام الوجيز فى النظرية العامه للالتزام سنة ١٩٨٣ دار النهضة العربية صـ٣٦، دكتور/ ثروت حبيب- المرجع السابق صـ١٤٧. دكتور/ جلال علي العدوى - الموجز فى مصادر الالتزام سنة ١٩٩٥ منشأة دار المعارف بالإسكندرية صـ٢٢٢. دكتور/ جمال مرسى بدر- الرسالة السابقة صـ١٥٧ وما بعدها، دكتور/ حسام الدين الأهوانى- المرجع السابق صـ٣٣٥، دكتور/حمدى عبد الرحمن- المرجع السابق صـ١٦٨، ١٦٩، ١٧٠، دكتور/ سليمان مرقص- المرجع السابق صـ٢٣٩، دكتور/ سمير عبد السيد تناغو ودكتور/ نبيل إبراهيم سعد - المرجع السابق صـ١١٩. دكتور/ عبدالحميد محمود البعلى- المرجع السابق صـ٢٠٣، ٢٠٤، دكتور/عبدالحي حجازى- المرجع السابق صـ٧٦٣، ٧٦٤، ٧٦٥، دكتور/ عبد الرزاق السنهورى- المرجع السابق- نظرية العقد صـ٢١٩، دكتور/ عبدالفتاح عبد الباقى- المرجع السابق صـ٢٠٥، دكتور/ عبد المنعم البدراوى- المرجع السابق صـ١٠٦، دكتور/ عبد المنعم فرج الصدة- المرجع السابق صـ٣٣٩، دكتور/ محسن عبد الحميد إبراهيم البيه- المرجع السابق صـ١٩٠، ١٩١، دكتور/ محمد حمدى مكى- الرسالة السابقة صـ١٩٣، دكتور/ محمد صبرى السعدى - شرح القانون المدنى الجزائرى- النظرية العامة للالتزامات جـ١ مصادر الالتزام- الكتاب الأول- التصرف القانونى- الطبعة الأولى ١٩٨٦ صـ١٥٥، دكتور/ محمد علي البدوى - النظرية العامة للالتزام جـ١ مصادر الالتزام- الطبعة الثانية ١٩٩٣ منشورات الجامعة المفتوحة صـ٨٠، دكتور/ محمد لبيب شنب - دروس فى نظرية الالتزام- دار النهضة العربية ١٩٧٧ صـ٧٥، ٧٩، دكتور/ مصطفى الزرقا- المرجع السابق صـ٧١، دكتور/ منذر الفضل - النظرية العامة للالتزامات- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقوانين المدنية الوضعية جـ١ مصادر الالتزام مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان الأردن ١٩٩٢- الطبعة الثانية صـ١٤٥، دكتورة/ نجوى فوزى شفيق - التصرف عن الغير فى القانون المدنى- رسالة دكتوراه جامعة القاهرة سنة ١٩٩٤ صـ١٤٨.

بصفته نائباً وذلك طبقاً لنص المادة ١٠٦ من القانون المدني، إذ يكفي أن يكون الغير المتعاقد مع النائب عالماً بأية طريقة كانت بأن العقد حاصل بطريق النيابة وأنه يقصد الارتباط مباشرة مع الأصيل، وهو ما عبر عنه المشرع في نص المادة ١٠٦ من القانون المدني بقوله «.... من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم...» (١).

وقد نصت المادة ٩٠ من القانون المدني على صور التعبير عن الإرادة بقولها «١- أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود. ٢- ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً».

ويتضح من هذا النص أن التعبير عن الإرادة أما أن يكون صريحاً وأما أن يكون ضمنياً وسبق أن أوضحنا مفهوم تعبير النائب الصريح، وسوف نتحدث عن تعبير النائب الضمني ويتحقق ذلك في حالة اتخاذ موقف لا يكشف بذاته عن مضمون الإرادة واتجاهها، ولكن يكشف عنها بالنظر إلى مالابسه من ظروف يفترض معها وجود هذه الإرادة واتجاهها إلى معنى محدد، فمن يبيع شيئاً مملوكاً لغيره لا يكشف تصرفه بذاته عن حقيقة اتجاه إرادته ولكنه عندما يتخذ هذا الموقف بعد أن عرض عليه المالك الحقيقي أن يبيعه هذا الشيء وسلمه إليه، فإن تصرفه هذا يعنى تعبيراً عن إرادته في الشراء وإعلانه عن ذلك وهو تعبير ضمني يستفاد من قيامه بالتصرف في الشيء تصرف المالك، وكذلك الحال لو عرضت على شخص أن يكون وكيلاً عنك فلم يعلن إرادته في القبول صراحة ولكنه بدأ في تنفيذ أعمال الوكالة بالفعل، وكذلك المستأجر الذي يبقى في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار مما يعد تعبيراً ضمنياً عن رغبته في تجديد العقد وكذلك موافقة المؤجر على ذلك، كذلك إذا انذر أحد الشركاء شريكه في الأطيان مكلفاً إياه أن يسلمه نصيبه مفرزاً وإلا كان ملزماً بإيجاره على أساس مبلغ معين، واستخلصت المحكمة

---

١) وقد استخدم المشرع في الدول العربية نفس العبارة راجع على سبيل المثال: مادة ١٠٧ مدني سوري، مادة ٥٤ مدني إمارات عربية، مادة ١٦٥ يمني، مادة ٥٠ مدني سوري، مادة ١٠٦ مدني ليبي.

استخلاصاً سائغاً من عبارة الانذار صدور ايجاب من مُعلنه بتأجيره أطيانه للمعلن إليه بالسعر المبين بالانذار استنتجت قبول المعلن إليه لهذا الايجاب قبولاً ضمنياً من سكوته عن الرد على ما تضمنه الانذار ومن استمرار وضع يده على الأطيان المشتركة – ومنها أطيان المعلن – مدة ثلاث سنوات، وكانت المحكمة في ذلك كله لم تخرج عن ظاهر مدلول عبارة الانذار فإنها في استنتاجها القبول الضمنى للايجاب من هذه القرائن التي من شأنها أن تنتجه لا تكون قد خالفت القانون(١).

وعلى ذلك إذا لم توجد ظروف وملابسات أثناء إبرام العقد فلا نستطيع القول بأن النائب قد أعلن ضمنياً عن صفته الحقيقية في التعاقد وذلك بالطريقة التي تمكن الغير المتعاقد معه من الوقوف على حقيقة صفته في التعاقد، حتى يستطيع أن يدبر أمره إما بالأقدام على التعاقد إذا كان يعول على الاعتبار الشخصي في التعاقد وأما أن يحجم عن ذلك لاعتبارات معينة يعول عليها ويراها محققه لمصلحته، والتي من بينها الوضع المالي ومدى حرصه على الوفاء بالتزاماته في المواعيد المقررة لها دون الدخول في مشاكل قانونية، والاعتبارات الدينية والأخلاقية والاجتماعية وغيرها من الاعتبارات المستمدة من فكرة الجنسية، والناتجة عن آثار العمليات الحربية التي تحول أحياناً دون تكوين العلاقات التعاقدية(٢) وذلك بالمفهوم الذي عناه المشرع في نص المادة ١٠٦ من القانون المدني، ويكفي لتحقق التعبير الضمنى عن الإرادة الذي يصدر من النائب وقت إبرام العقد أن تمكن الظروف والملابسات التي ساهم النائب في وجودها الرجل العادي من الوقوف والتعرف على صفته الحقيقية في التعاقد، فمثلاً الوصي الذي يتعاقد على مال مملوك للخاضع للوصاية يكون قد عبر عن إرادته ضمناً، بأن ثمار العقد الذي أبرمه تنصرف في ذمة القاصر مباشرة، ومن ثم نكون بصدد تطابق بين التعبير والقصد بغض النظر عما إذا كان المتعاقد معه يعلم حقيقة بذلك من عدمه لأن مثل هذه الظروف والملابسات تعطى

---

١) راجع في ذلك: نقض مدني ١٩٤٩/٤/٢١م – مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسة عشر عاماً بند ٣ صـ٨٣٢.

٢) راجع في ذلك: دكتور/ سمير إسماعيل – الاعتبار الشخصي في التعاقد – رسالة دكتوراه جامعة الإسكندرية ١٩٧٥م صـ١٣ وما بعدها، دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد – المرجع السابق صـ٧ وما بعدها.

الرجل العادى العلم بالصفة الحقيقية في المتعاقد. وعلى ذلك لا يمكن القول بتحقق واقعة الإعلان الضمنى من جانب النائب عن صفته الحقيقية في التعاقد طالما لم تتوافر الظروف والملابسات التي توضح ذلك، مثال ذلك أن يوجه شخص إيجاباً لآخر ويتضمن الرغبة في قيام رابطة إيجارية معه اعتقاداً منه بأنه يريد التأجير لمصلحته الشخصية ويصادف هذا الإيجاب قبولاً من جانب من وجه إليه على أساس أن قصده انصرف إلى التعاقد نيابة عن ابنه القاصر، ففي هذه الحالة قد لا تتوافر الظروف والملابسات التي من شأنها يمكن القول بتوافر واقعة الإعلان الضمنى، وفي ذات الوقت لو كان من صدر منه الإيجاب يعلم منذ البداية بأن التعاقد يتم لمصلحة القاصر لما أقدم على تكوين العقد لاعتبارات معينة من بينها كون القاصر اعزب أو سمعته ليست طيبة، ومع التسليم بأن من صدر منه الإيجاب يكون في هذه الحالة قد أخل بالالتزام التعاقدى الذي يثقل كاهله والذي يستوجب مطابقة تعبيره مع حقيقة قصده بشأن كافة ظروف وملابسات التعاقد والشخص الذي يرغب في التعامل معه شخصياً، وبالرغم من ذلك لا يمكن أن يستخلص منه واقعة الإخلال بهذا الالتزام توافر الإعلان الضمنى الذي عناه المشرع في هذا الشأن، لأن ما قصده المشرع هو إعلان النائب عن صفته الحقيقية في التعاقد وكونه يتعاقد عن شخص محدد وليس العلم بما قصده الغير الذي يتعاقد مع النائب فضلاً عن تناوله مسألة اختلاف تعبير النائب مع محتوى قصده دون أن يتطرق لهذا الاختلاف من ناحية من يتعاقد مع النائب وبالتالي فإنه يجب خضوع هذا الفرض لحكم القواعد العامة، وكذلك الموظف في المحل التجاري عندما يتعامل مع أحد العملاء يقوم بالتوقيع على الفاتورة باسمه بحكم عمله بالمحل التجاري ومع ذلك فإنه لا يعتبر متعاقداً بالأصالة عن نفسه، لأن ظروف الحال والتي من بينها تواجده في المحل واستخدامه المستندات والفواتير الخاصة به والتعامل مع البضاعة الموجودة به تؤكد وبما لا يدع مجالاً للشك أنه يتعاقد بصفته نائباً عن صاحب المحل وليس بصفته أصيلاً عن نفسه، وعلى ذلك فالتوقيع بالاسم على الفاتورة لا يفيد بالضرورة أن الشخص يتعاقد بالأصالة عن نفسه ومن ثم فإنه لا يثير مسألة اختلاف التعبير مع حقيقة القصد بصورة مطلقة والعلة من وجوب العلم بوجود النيابة واضحة وساطعة وهي أن الأصل في التعاقد أن كل متعاقد إنما يتعاقد لنفسه وأن آثار الإرادة التعاقدية تقع في

ذمة صاحب تلك الإرادة ولا تنصرف إلى غيره ذلك لأن الإرادة تنشيء الأثر القانوني في ذمة صاحبها، غير أن نظام النيابة في التعاقد يؤدي إلى الخروج عن هذا الأصل العام في التعاقد حيث يخول نظام النيابة للأصيل من إيقاع آثار قانونية في ذمته بواسطة إرادة شخص آخر هو النائب، فإذا كانت تلك الآثار القانونية ناتجة عن عقد ناشئ عن تلاقي إرادة النائب مع إرادة الغير كان لزاماً أن يعلم ذلك الغير المتعاقد مع النائب بالنيابة وإن ينصرف قصده مع قصد النائب إلى انصراف الآثار المترتبة على العقد سواء الإيجابية منها أو السلبية إلى ذمة الأصيل وهو شخص لم يكن في الأصل لتحلقه آثار العقد الذي لم يشترك في إبرامه. والوقت الذي ينبغي أن يتوافر فيه العلم بالنيابة هو وقت انعقاد التصرف وهذا واضح من نص المادة ١٠٦ من القانون المدني بقولها «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد...»، فإذا لم يتوافر للغير المتعاقد مع النائب هذا العلم الحقيقي أو الحكمي عند إبرام العقد انتفت النيابة وبالتالي انصرفت آثار العقد إلى كل من المتعاقدين شخصياً[1]، ولكن قد يظهر في وقت لاحق على إبرام العقد أن أحدهما لم يكن أصيلاً في التصرف ومن هنا كان الوكيل الذي يتعاقد باسمه شخصياً دون أن يعلن للغير المُتعاقد معه عن حقيقة صفته في التعاقد بالوكيل المسخّر وهو الذي يكون ملزماً دون أصيله بالآثار المترتبة على العقد سواء كانت حقوقاً أم كانت التزامات، ولو قام الوكيل المسخر في وقت لاحق لانعقاد العقد إلى إظهار صفته الحقيقية في التعاقد وأنه يتعاقد بصفته نائباً وليس أصلاً عن نفسه والإعلان عن شخص موكله الذي أبرم العقد لحسابه لما ترتب على ذلك تغيير الحكم الواجب التطبيق على هذا التصرف وهو حكم النيابة، لأنه

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل - المرجع السابق صـ١٤٢، دكتور/ أنور سلطان - المرجع السابق صـ٣٦، دكتور/ ثروت حبيب - المرجع السابق صـ١٤٧، دكتور/ جلال علي العدوى - المرجع السابق صـ٢٢٢، دكتور/ جمال مرسي بدر - الرسالة السابقة صـ١٥٧ وما بعدها، دكتور/ حسام الدين الأهواني - المرجع السابق صـ٣٣٥، دكتور/ حمدى عبد الرحمن - المرجع السابق صـ١٦٨، ١٦٩، ١٧٠، دكتور/ سليمان مرقص - المرجع السابق صـ٢٣٩، دكتور/ سمير عبد السيد تناغو ودكتور/ نبيل إبراهيم سعد - المرجع السابق صـ١١٩، دكتور/ عبد الحميد محمود البطي - المرجع السابق صـ٢٠٣، ٢٠٤، دكتور/ عبد الحي حجازي - المرجع السابق صـ٧٦٣، ٧٦٤، ٧٦٥، دكتور/ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق (نظرية العقد) صـ٢١٩، دكتور/ عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق صـ٢٠٥.

بانصراف آثار العقد في ذمة الوكيل المسخر فليس معنى ذلك أنه اصبح مالكاً لهـذه الآثار ولكنه يحتفظ بها لديه لحين نقلها إلى ذمة الأصيل وبالتالي فإن يـده عليهـا ليست يد مالك ولكنها يد أمين، لأنه يقع عليه التزام تعاقدي بأن يقوم بنقل آثار العقد الذي أبرمه إلى ذمة الأصيل وذلك تنفيذاً لعقد الوكالة المبرم بينهمـا. ولـيس مـن الضروري أن يذكر النائب عند التعاقد اسم الأصيل لكي تنصرف إلى هذا الأخيـر الآثار المترتبة على العقد، فالقاعدة هي انصراف آثار التصرف في ذمة الأصـيل وهذه القاعدة تنطبق حيث يتعاقد النائب باسم الأصيل كما تتحقق أيضاً حيث يتعاقـد النائب باسمه الشخصي رغم أنه في الحقيقة يتصرف بصفته نائباً عن شخص محدد وليس بصفته أصيلاً، متى كان الغير الذي تعاقد معه يعلم علماً حقيقياً أو مفترضـاً أي كان يفترض فيه أن يعلم بالنيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب وهذا الحكم قد نصت عليه المادة ١٠٦ من القانون المدني نقلاً عـن المـادة ٢/٣٢ من قانون الالتزامات السويسري حيث نصت المادة ١٠٦ على أنـه «....إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابـة أو كـان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب».

ولما كانت المادة ١٠٦ مدني تسوى بين العلم الحقيقي بوجود النيابة وبـين العلم المفترض لدي الغير المتعاقد مع النائب عندما نصت علـى أنـه «.... إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة....» ومـدلول هذه العبارة هو أن يكون جهل الغير المتعاقد مع النائب بوجود النيابة راجعـاً إلـى إهماله وتقصيره في تحرى ظروف وملابسات التعاقد.

وقد تضمنت المادة ١٠٦ من القانون المدني حكماً مقتضاه أعمال أثر النيابة حتى مع عدم علم الغير بوجودها سواء كان هذا العلم علماً حقيقياً أو مفترضاً وذلك متى كان يستوى لدى الغير المتعاقد مع النائب أن يتعاقد مع النائب أو الأصـيل أي متى كان شخص المتعاقد مع الغير لا يمثل أهمية بالنسبة له وهو ما نـصت عليـه المادة المذكورة حيث نصت على أنه «..... إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصـيل أو النائب»، فالمهم بالنسبة للغير المتعاقد مع النائب الآثار المترتبة على هذا العقد ومن ثم فإنه لا يعول على الاعتبار الشخصي في التعاقد أي لا يهمه شخص المتعاقد معه

سواء أكان أصيلاً أو نائباً عن الغير، على أن الأصل في العقود المنشئة للالتزامات وخاصة ما كان تنفيذه منها متراخياً أن شخص المتعاقد يكون موضع الاعتبار من المتعاقد الآخر، إذ لا يستوى لدى المتعاقدان أن يكون دائناً أو مديناً لزيد أو عمرو دون تفريق، وأهمية شخص المتعاقد وإن كانت تبرز في العقود التي يتراخى تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها إلى زمن قريب أو بعيد بعد إبرام العقد فإنها أيضاً في العقود التي تنفذ وتنقضى فور إبرامها أي العقود الفورية، لأن التنفيذ قد يكون غير تام أو قد يتضح فيه قصور تترتب عليه نتائج قانونية لا يستوى أن تقع في ذمة هذا أو ذاك بلا أدنى تفرقة. أن الحكم الوارد بالعبارة الأخيرة من المادة ١٠٦ من القانون المدني له تطبيقات كثيرة في العمل وخاصة في بيع المنقول وهو كثير الوقوع في الحياة العملية، فالمشترى الذي يدخل أحد المحلات التجارية لشراء سلعة من هذا المحل من المتولى عملية البيع يستوى لديه أن يكون البائع له هو صاحب المحل أو نائباً عنه يعمل لديه المهم بالنسبة للمشترى أن يحصل على السلعة التي يحتاجها، والعقد الذي يبرمه هذا المشترى ينصرف أثره مباشرة إلى صاحب المحل ولو كان المشترى يجهل أن البائع له ليس إلا نائباً ويعتقد أنه صاحب الشأن، وقد يحدث على العكس من ذلك فالتاجر الذي يبيع في متجره بضاعه لأحد المشترين يستوى لديه الأمر أن يكون ذلك المشترى أصيلاً عن نفسه أو نائباً عن الغير كما تقع آثار العقد في ذمة الأصيل مباشرة ولو كان البائع يجهل أن من اشترى منه نائب ويعتقد أنه هو صاحب الشأن الأصيل، وعلى ذلك إذا ظهرت مثلاً في المبيع عيوب خفية كان للأصيل أن يرجع على البائع ولو أن هذا الأخير لم يكن يعلم بوجود النيابة عند إبرام العقد لأنه يستوى لديه أن يتعامل مع النائب أو الأصيل.

ومن الجدير بالذكر أن تقدير ما إذا كان الأمر يستوى أو لا يستوى لدى المتعاقد أن يتعامل مع النائب أو مع الأصيل يستخلص من واقع الحال وهو أمر متروك لقاضي الموضوع يستنتجه من الوقائع والظروف التي أحاطت بعملية التعاقد، فإذا تبين له أن للمتعاقد مصلحة في أن يتعامل مع النائب مثلاً واعتقد أنه أصيل في هذه الحالة لا يقضى بانصراف آثار العقد في ذمة صاحب الشأن الحقيقي ولا يربط بينه وبين المتعاقد، وعلى العكس من ذلك إذا وجد القاضي أنه لا توجد مصلحة للمتعاقد في أن يتعامل مع النائب أو مع الأصيل أجرى حكم النيابة وربط

بالعقد بين المتعاقد وبين الأصيل مباشرة رغم عدم العلم بوجود النيابة، والسؤال الذي يطرح نفسه هل عند تقدير القاضي لتلك المصلحة هل يكون تقديره موضوعياً أو شخصياً؟

يأخذ القضاء السويسري[١] بالمذهب الشخصي في هذه الحالة أي يكون تقدير القاضي تقديراً شخصياً وينظر إلى المسألة نظرة شخصية ويعتد بالمصلحة التي قد تكون للمتعاقد بالذات في التعامل مع النائب أو مع الأصيل، ولما كان المشرع المصري قد استقى نص المادة ١٠٦ مدني من القانون السويسري كما صرحت بذلك الأعمال التحضيرية للقانون المدني[٢] فإن المشرع المصري يأخذ بالمذهب الشخصي[٣] وهناك حالات تقع في العمل ويخلص من ظروفها وملابساتها بشكل قاطع أن المتعاقد مع النائب لا يعتد بشخص الطرف الآخر ولا توجد له مصلحة في انصراف آثار العقد إلى شخص النائب أو إلى شخص الأصيل، وهذه هي الحالات التي يحتفظ فيها النائب في العقد الذي يبرمه مع الغير المتعاقد معه بحق الكشف عن شخصية الأصيل في وقت لاحق للتعاقد، فإذا قرر النائب أنه يتعاقد بصفته نائباً عن شخص محدد ولم يكشف عن شخصية الأصيل عند التعاقد، أو اشترط المتعاقد معه أن يكون له الحق في أن يفصح في ميعاد معين عن اسم شخص آخر ترجع إليه آثار العقد وقبل الغير المتعاقد معه هذا الوضع ففي هذا القبول تسليم من المتعاقد بأن شخص الطرف الآخر غير ذى أهمية لدية وإذاً فرغم عدم التصريح في العقد باسم الأصيل بل وبالرغم من عدم وجود ظروف تدل عليه يتحقق حكم النيابة وينصرف أثر مثل هذا العقد إلى ذمة الأصيل دون النائب، لأن نية النائب وقصده قد انصرفا إلى عدم الارتباط شخصياً كما أن نية وقصد الغير المتعاقد معه قد انصرفت كذلك إلى عدم الارتباط مع النائب وإنما مع الأصيل الذي يحدده النائب فيما بعد.

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ جمال مرسي بدر – الرسالة السابقة صـ١٦٠.

٢) راجع في ذلك: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري جـ٢ – مصادر الالتزام – المواد من ٨٩ – ٢٦٤.

٣) راجع في ذلك: دكتور/ جمال مرسي بدر – الرسالة السابقة هامش ٢ صـ٥١، الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري – الوسيط جـ٧ المجلد الأول بند ٣١١ صـ٦٢٩ هامش ١.

على أن النيابة في مثل هذا النوع من العقود تتحقق فقط في الحالة التي يكشف فيها المتعاقد عن شخص الأصيل في المهلة الاتفاقية أو المعقولة، أما إذا انقضت هذه المهلة دون أن يتحقق ذلك فإن العقد يعتبر مبرماً بين المتعاقد الذي احتفظ بحق الكشف عن شخص الأصيل وبين الغير الذي تعاقد معه، وعلى ذلك يصح القول بأن مثل هذا المتعاقد يعتبر نائباً بشرط واقف هو الكشف عن شخصية الأصيل في المهلة المقطوعة لذلك ومتعاقداً باسم ولحساب نفسه بشرط واقف أيضاً وهو انقضاء المهلة دون الكشف عن شخصية صاحب الشأن، وفي حالات تعاقد النائب بوصفه نائباً دون أن يكشف عن شخصية الأصيل عند التعاقد أو اشتراط المتعاقد أن يكون له الحق في أن يفصح في ميعاد معين عن اسم شخص آخر ترجع إليه آثار العقد، فالبرغم من عدم التصريح أو الإعلان عن اسم الأصيل ورغم عدم وجود ظروف وملابسات تدل عليه يتحقق حكم النيابة وينصرف أثر هذا العقد مباشرة من وقت إبرامه إلى الأصيل دون النائب، متى كشف المتعاقد عن شخص هذا الأصيل في الميعاد وذلك لأن قصد النائب قد انصرف منذ البداية إلى عدم الارتباط شخصياً كما أن قصد الغير المتعاقد معه قد انصرفت كذلك إلى عدم الارتباط مع النائب وإنما قصده قد انصرف إلى التعامل مع الأصيل الذي سيفصح عنه النائب فيما بعد.

ومن حالات النيابة التي لا يجوز فيها أن يكون شخص الأصيل معيناً حالة الفضالة حين تكون لدى الفضولي نية العمل لحساب شخص معين فإذا به يعمل لحساب شخص آخر ذلك أن المقرر بصدد الفضالة أنه يكفى لايقاع حكم النيابة بانصراف آثار تصرف الفضولي إلى رب العمل مباشرة، أن تكون لدى الفضولي نية العمل لحساب الغير مطلقاً دون أن يشترط نية العمل لحساب شخص معين وعلى ذلك فلا يهم أن يخطئ الفضولي في شخص من يعتقد أنه رب العمل وتنصرف آثار تصرفه مع ذلك في ذمة رب العمل الحقيقي(١) وهذا ما صرحت به المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني(٢).

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ جمال مرسي بدر – الرسالة السابقة صـ١٦٢.

٢) راجع في ذلك: المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني على المادة ١٩٠، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري جـ٢ من صـ٤٧١، ٤٧٢، الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري – الوسيط جـ١ بند ٨٧١.

ومن الجدير بالذكر أنه لا يوجد ما يمنع من التعاقد باسم شخص مستقبل بحيث لا تنصرف آثار التصرف إلا في ذمة ذلك الشخص عند وجوده، ومثال ذلك تصرفات المؤسسين للشركة المساهمة فإن العقود التي يعقدها هؤلاء المؤسسين مع الغير في كل ما يتصل بإنشاء الشركة أو بمباشرة نشاطها تلزم الشركة المساهمة بمجرد تمام إجراءات إنشائها، ويعتبر المؤسسين في التصرفات التي إبرموها مع الغير قبل التأسيس نائبين عن الشركة التي لم تكن موجودة أثناء التعاقد.

وليس في عدم الإعلان عن شخص الأصيل أو تجهيله أن يكون محل اعتراض من الوجهة النظرية لأن القانون يقر أوضاعاً أخرى يكون فيها أحد عناصر العقد إلى حين الكشف عنه مستقبلاً، من ذلك ما نصت عليه المادة ١٥٦ من القانون المدني من أنه «يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً أو جهة مستقبلة كما يجوز أن يكون شخصاً أو جهة لم يعينا وقت العقد....» فعدم الإعلان عن شخص المنتفع وقت إبرام العقد لا يمنع صحة الاشتراط لمصلحته مادام تعيينه مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره، وما نصت عليه المادة ٢٧٥ من القانون المدني من أنه «يكون الالتزام تخييرياً إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها.....» فهنا نجد أن محل الالتزام غير محدد وقت إبرام العقد وإنما يتم تحديده فيما بعد عند تنفيذه من جانب الملتزم، فإذا صاغ تجهيل محل الالتزام وهو عنصر هام من عناصره فلا غرابه في تجهيل شخص الملتزم إلى حين كشف النائب عنه في وقت لاحق للتعاقد، على أن تجهيل شخص الأصيل وعدم الإفصاح عنه لا يصح أن يكون مؤقتاً لأنه في استمرار عدم الإفصاح عنه وتجهيله ما لا يتفق ولزوم استكمال العقد لطرفيه الذين تقع في ذمتهما آثاره، كما أن في استمرار عدم الإعلان عن شخص الأصيل طوال المدة التي يستغرقها تنفيذ العقد مساساً بما ينبغي أن يتوافر للطرف الآخر من اطمئنان إلى العقد وهو أمر لا يتفق واستقرار المعاملات، لذلك كان لابد من الإعلان والإفصاح عن شخصية الأصيل أثناء إبرام العقد.

ويرى الأستاذ الدكتور/ جمال مرسي بدر[١] أنه يجب الكشف عن شخصية

---

١) راجع في ذلك: الدكتور/ جمال مرسي بدر – الرسالة السابقة صـ٣٣٨، ٣٣٩.

الأصيل في فترة معقولة بعد إبرام العقد وأن الغالب الأعم أن يحدد المتعاقدان (النائب والغير المتعاقد معه) هذه الفترة صراحة في العقد وقد يحددها القانون نفسه كما في المادة ٦٧٠ من قانون المرافعات التي تنص على أنه «يجوز للراسى عليه المزاد أن يقرر في قلم كتاب المحكمة قبل انقضاء ثلاثة الأيام التالية ليوم البيع أنه اشترى بالتوكيل عن شخص معين....» وإن مقتضى هذا النص أن البيوع القضائية في القانون المصري تكون دائمة مقترنة بحق الكشف عن الأصيل أو ما يسمى بحق اختيار الغير وذلك بغير حاجة إلى النص على ذلك في قائمة شروط البيع.

ونحن نتفق مع الأستاذ الدكتور/ جمال مرسي بدر في ضرورة الكشف عن شخصية الأصيل وذلك سواء من خلال إعلان النائب وإفصاحه عن حقيقة صفته في التعاقد وبيان عما إذا كان يتعاقد بصفته نائباً عن شخص محدد أو أصيلاً عن نفسه، أو من خلال علم الغير المتعاقد معه بصفته الحقيقية في التعاقد علماً حقيقياً أو مفترضاً، ولكننا نختلف معه في الوقت المحدد لذلك الإعلان حيث يرى الدكتور/ جمال مرسي بدر أن الكشف عن شخصية الأصيل يكون في فترة معقولة بعد إبرام العقد وأن المتعاقدان غالباً ما يقومان بتحديد ذلك صراحة في العقد، ولكننا نرى أن الوقت الذي يجب فيه على النائب الإعلان أو الإفصاح عن صفته الحقيقية في التعاقد وبيان عما إذا كان يتعاقد بصفته نائباً عن شخص محدد أو بصفته أصيلاً عن نفسه هو وقت إبرام العقد، أي الوقت الذي حدده العاقدان لإبرام الرابطة العقدية ومعنى ذلك أن الإعلان عن ذلك يتم في أثناء التوقيع على العقد من جانب العاقدان وهو ما صرحت به المادة ١٠٦ من القانون المدني حيث نصت على أنه «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد....» ومفهوم وقت العقد هو الوقت المحدد لكي يوقع العاقدان على العقد المتفق عليه وليس بعد ذلك والعلة من ذلك واضحة وهي منح الغير المتعاقد مع النائب رخصة قبول أو رفض التعاقد على ضوء الاعتبارات التي يعول عليها(١) والتي من بينها المركز المالي للمتعاقد الآخر وسمعته في الوفاء بالالتزامات وذلك كي يتجنب بذلك التعرض لمخاطر عدم استيفاء حقه والتي تتمثل في إمكان الدخول في قسمه الغرماء نتيجة لإفلاس أو إعسار المتعاقد الذي يرغب في التعاقد معه، أو

١) راجع في ذلك: دكتور/ سمير إسماعيل – الرسالة السابقة صـ١٣ وما بعدها، دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد – المرجع السابق صـ٧ وما بعدها.

التسويف والمماطلة في الوفاء بهذا الحق أو معاناته في استيفائه، والعوامل الدينية والاجتماعية وغير ذلك من الاعتبارات المستمدة من فكرة الجنسية والناتجة عن آثار العمليات الحربية والتي تحول في أغلب الأحوال من إبرام العلاقة التعاقدية، وبذلك فقد أراد المشرع بذلك أن يمكن الغير المتعاقد مع النائب من أن يدبر أمره ويختار بين أن يتعاقد مع النائب أو مع الأصيل وفق ما تمليه مصلحته الشخصية، ذلك لأن كل متعاقد يقدم على إبرام العقد المزمع إبرامه يتصور ما سوف يكسبه من حقوق وما يتحمله من التزامات وأنه يعول على الأخص بالحقوق التي سوف تترتب له من خلال العقد الذي يبرمه، وعلى ذلك لا يمكن القول بأن الإعلان عن شخص الأصيل يتم بعد إبرام العقد لأن ذلك سوف يفوت على الغير المتعاقد الرخصة التي قررها له القانون وهي رخصة رفض أو قبول التعاقد وبالتالي سوف يترتب على ذلك مشاكل كان في غنى عنها لو مارس الرخصة التي قررها له القانون.

الاعتبار الشخصي فى التعاقد

يقع على عاتق النائب التزام تعاقدى تجاه المتعاقد معه، وهو ضرورة الإفصاح عن صفته الحقيقية فى التعاقد وذلك وقت إقدامه على إبرام الرابطة العقدية مع أحد الأغيار، ومعنى ذلك أن هذا الإعلان من جانب النائب عن صفته الحقيقية فى التعاقد يكون مجرداً من الأثر القانونى إذا ما صدر قبل أو بعد إبرام العلاقة التعاقدية، والغرض الذى ابتغاه المشرع من ضرورة إعلان النائب عن حقيقة صفته فى التعاقد هو إعطاء الفرصة للغير المتعاقد معه أن يمارس رخصة الرفض أو القبول إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد المنبثق من مبدأ سلطان الإرادة، وذلك فى ضوء الاعتبارات التى يعول عليها فى التعاقد والتى من بينها المركز المالى(١)، والسمعة فى الوفاء بالالتزامات(٢)، والعوامل الدينية(٣)، والأخلاقية(٤)، والاجتماعية(٥) وغير

---

١) كما كان مركز المالى سئ لا يسمح له بالوفاء بالتزاماته.
٢) كالمماطلة والتسويف فى السداد.
٣) مثل تكليف مقاول غير مسلم ببناء مسجد أو مدرس غير مسلم بالتدريس في جمعية دينية إسلامية.
٤) مثل أن يشترط مالك العقار بأن يكون المستأجر غير أعزب نظراً لأن كل سكانه من الأسر وأنــه لا يوجد بينها أعزب.
٥) راجع فى توضيح هذه الاعتبارات دكتور/ سمير إسماعيل – الرسالة السابقة – صــ١٣ ومابعدها.

ذلك من الاعتبارات المستمدة من فكرة الجنسية[١]، والاعتبارات الناتجة عن آثار العمليات الحربية[٢] والتى تحول فى بعض الأحوال دون اتمام الرابطة العقدية، وقد يعول المتعاقد مع النائب على شخص النائب المتعاقد معه أو على صفة من صفاته كما لو تعاقد شخص مع مقاول متخصص فى بناء من طراز معين لا يستطيع أن يقيمه إلا هو وذلك لأنه تمرس على القيام به، أو كما لو تعاقد مريض مع جراح متخصص فى إجراء جراحات معينة تحتاج إلى مهارة خاصة، أو كما لو تعاقد شخص مع رسام معين على رسم لوحة زيتية معينة.

وبناء على هذه الاعتبارات يقرر الغير المتعاقد إما الأقدام على التعاقد أو العدول عن ذلك وفق ما تقتضيه مصلحته الشخصية، لأنه هو الأقدر والأجدر على تقدير ذلك دون غيره ذلك لكونه سوف تتصرف فى ذمته هو الآثار الناجمة عن العلاقة التعاقدية، ونعتقد أن هذا الحق هو حق شخصى ذاتى لصيق بشخص المتعاقد يستخدمه وفق ما تقتضيه مصلحته الشخصية.

وإعلان النائب عن صفته الحقيقية فى التعاقد قد يكون صريحاً بناء على معطيات التعبير الصادرة منه، وذلك بأن يفصح للمتعاقد معه بأنه يتعاقد بصفته نائباً عن شخص محدد أو يتعاقد لمصلحته الشخصية، وقد يكون هذا الإعلان ضمنياً وذلك يستخلص من ظروف وملابسات التعاقد التى أحاطت بهذا التعاقد. وقد نصت المادة ٩٠ من القانون المدنى على صور التعبير عن الإرادة بقولها: «١- إن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالته على حقيقة المقصود. ٢- ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً». ويتضح من هذا النص أن التعبير عن الإرادة أما أن يكون صريحاً وإما أن يكون ضمنياً.

---

١) مثل أن تمتنع بعض الشركات من البيع بالتقسيط لأجانب حتى لا تتكبد المعاناة فى الحصول على حقها.

٢) وخير مثال على ذلك حرب الخليج الثانية حيث رفضت الشركات الكويتية التعامل مع الشركات التى تنتمى إلى دول تحالفت مع العراق.

التعبير الصريح: ويكون بالكشف عن الإرادة بالطريقة المباشرة والصورة المألوفة بين الناس أى بالأسلوب المتعارف عليه، ولا يلزم أن يكون التعبير الصريح باللفظ أو بالكتابة بل من الممكن أن يتم بغيرهما، فالتعبير الصريح قد يكون باللفظ أى بالكلام الذى يفصح به المتكلم عن قصده فيقول مثلاً اشترى أو ابيع أو اقترض أو استأجر، وقد يكون الكلام فى مواجهة الغير مباشرة أو بالتليفون أو بواسطة رسول الذى يتولى نقل وجهة نظر أحد المتعاقدين إلى الآخر، كما يكون التعبير الصريح بالكتابة أو بالإشارة كهز الرأس عمودياً بالموافقة أو افقياً بالرفض. ويكون التعبير الصريح كذلك باتخاذ موقف يقطع فى الدلالة على المقصود كعرض البضائع فى واجهة محل تجارى مع بيان ثمنها، فهو تعبير عن عرض بيعها بالسعر المبين عليها، وكذلك إقامة آلة أوتوماتيكية لبيع الحلوى أو السجائر، أو وقوف سيارات الأجرة فى المكان المخصص لهذه السيارات فهو عرض صريح لتأجيرها[١].

التعبير الضمنى: ويتحقق ذلك فى حالة اتخاذ موقف لا يكشف بذاته عن مضمون الإرادة واتجاهها، ولكن يكشف عنها بالنظر إلى ما لابسه من ظروف وملابسات يفترض معها وجود هذه الإرادة واتجاهها إلى معنى محدد، وعلى ذلك فمن يبيع شيئاً مملوكاً لغيره لا يكشف تصرفه بذاته عن حقيقة اتجاه إرادته، ولكنه عندما يتخذ هذا الموقف بعد أن عرض عليه المالك الحقيقى أن يبيعه هذا الشيء وسلمه إليه، فإن تصرفه يعنى تعبيراً عن إرادته فى الشراء وهو تعبير ضمنى يستفاد من قيامه بالتصرف فى الشيء تصرف المالك، وكذلك الحال لو عرضت على شخص أن يكون وكيلاً عنك فلم يعلن إرادته فى القبول صراحة ولكنه بدأ فى تنفيذ أعمال الوكالة، وكذلك المستأجر الذى يبقى فى العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار مما يعد تعبيراً ضمنياً عن رغبته فى تجديد العقد، كذلك إذا أنذر أحد الشركاء شريكه فى الأطيان الزراعية مكلفاً اياه أن يسلمه نصيبه مفرزاً وإلا كان ملزماً بإيجاره على أساس مبلغ معين، واستخلصت المحكمة استخلاصاً سائغاً من عبارة الانذار صدور إيجاب من مُعلنه بتأجيره أطيانه للمعلن إليه بالسعر المبين بالانذار استنتجت قبول المعلن إليه لهذا الايجاب قبولاً ضمنياً من سكوته عن الرد على ما تضمنه الانذار، ومن استمرار وضع يده على الأطيان المشتركة – ومنها

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ جلال على العدوى – المرجع السابق صـ٢٤٧.

أطيان المعلن – مدة ثلاث سنوات وكانت المحكمة فى ذلك كله لم تخرج عن ظاهر مدلول عبارة الانذار فإنها فى استنتاجها القبول الضمنى للايجاب من هذه القـرائن التى من شأنها أن تنتجه لا تكون قد خالفت القانون[1].

والتعبير الضمنى عن الإرادة يستوى مع التعبير الصريح فى الأثر القانونى غير أن المشرع قد يعمد فى بعض الحالات إلى اشتراط التعبير الصريح قطعاً للشك باليقين، ودعوة للمتعاقد أن يفصح عن إرادته على نحو لا يدع مجالاً للتردد فى فهم فحواها فضلاً عما يتوخاه المشرع فى مثل هذه الحالة، من تنبيه المتعاقد إلى أهمية ما هو مقدم عليه أو خطورته.

ومن النصوص التشريعية التى أوجبت التعبير الصريح ما نصت عليه المادة ١٨ من قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ من أن الـدفاتر والأوراق المنزليـة لا تكون حجة على من صدرت عنه إلا فى حالتين:

١- إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً.

٢- إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه فى هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبت حقاً لمصلحته وما نصت عليه المادة ٤٧٥ مدنى من أنه «إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون أو بـاع شـيئاً ممـا اشتملت عليه وجب أن يرد للمشترى ما استولى عليه ما لم يكـن قـد اشترط صراحة عدم الرد».

وكذلك الحال فى المادة ٥٩٧ مدنى التى تشترط – لبراءة ذمـة المـستأجر الأصلى قبل المؤجر فى حالة التنازل عن الإيجار أو الإيجار مـن البـاطن – «أن يصدر من المؤجر قبول صريح بالتنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن».

ومن الجدير بالذكر أن التعبير الصريح عن الإرادة قد يصبح مطلوباً بحكـم الاتفاق بين الطرفين، فالاتفاق على اقتضاء التعبير الصريح واجب الاحترام عمـلاً بشريعة العقد فى هذه الحالة.

---

١) راجع فى ذلك: نقض مدنى جلسة ١٩٤٩/٤/٢١م مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسة عشر عاماً بند ٣ صـ٨٣٢.

دور الإرادة فى تحديد حالات الاعتداد بالاعتبار الشخصى:

إن الاعتداد بالاعتبار الشخصى فى التعاقد مسألة ذاتيـة، ولمـا كـان دور الإرادة فى العقود بوجه عام أوسع ما يكون خطى وأبعد ما يكون مدى، فإن دورها فى العقود ذات الطابع الشخصى بوجه خاص يكون لذلك من باب أولى فإنه يكـون للإرادة أن تعتد بالاعتبار الشخصى، فى عقد خال من الإعتداد بهذا الاعتبار بصفة أصلية ويكون لها أيضاً أن تحجم عن أن تقيم لهذا الاعتبار وزناً فى عقد يعتد فيـه أصلاً بذلك الاعتبار(١):

- أولاً: دور الإرادة فى إضافة عنصر الاعتبار الشخصى فى التعاقد

إن الإرادة لما لها من سلطان أن تعبأ فى الاعتبار الشخصى فى التعاقد فـى عقد يعتبر أصالة من العقود ذات الطابع الموضوعى، وخير مثال لذلك. عقد الإيجار فيكون للمؤجر أن يشترط توافر صفة معينة فى المستأجر كالسمعة الحـسنة أو أن يكون متزوجاً وغير أعزب، وبخاصة إذا كانت جميع الوحدات الـسكنية بـالمنزل يقطنها متزوجون. ولذلك قيدت المادة ٥٩٣ مدنى مصرى ما ينبنى على قاعدة عدم الإعتداد بشخص المستأجر من جواز التنازل عن الإيجار أو التأجير مـن البـاطن بعدم الإتفاق على عكس ذلك، كما قيدت المادة ٦٠٢ مدنى ما يترتـب علـى هـذه القاعدة من عدم انتهاء الإيجار بوفاة المستأجر، بألا يكون الإيجار قد عقـد بـسبب حرفته أو لأسباب أخرى تتعلق بشخصه.

وكذلك الحال فى عقد المقاولة فعندما يتفق المريض مع الجراح على إجراء جراحة له، فإنه يشترط توافر صفة معينة فى هذا الجراح بأن تتوافر لديـه مهـارة خاصة فى إجراء هذه العمليات الجراحية، كما يتحقق ذلك أيضاً إذا ما اتفق شخص مع رسام على رسم لوحة زيتية له فإنه يشترط أن تتوافر فى هذا الأخيـر مهـارة معينة فى رسم هذه اللوحات.

غير أنه إذا كان نطاق كل من مبدأ حرية التعاقد المنبثق من مبـدأ سـلطان الإرادة، يجيز للمتعاقد الاعتداد بالاعتبار الشخصى فإنه ينبغى عدم مخالفة النظـام العام أو الآداب العامة، وعدم التعسف فى استعمال الحقوق بمعنـى أن تحـد هـذه

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ سمير إسماعيل - الاعتبار الشخصى فى التعاقد - رسالة دكتوراه - جامعة الإسكندرية ١٩٧٥م صـ٦٢.

القواعد وتقيد من حرية إرادة ا لعاقد فى الاعتداد بالاعتبار الشخصى لـذلك يمتنـع على العاقد أن يعتد بصفة مخالفة للنظام العام أو الآداب[1].

كما يجب أن يكون اتجاه إرادة أحد العاقدين إلى الإعتداد بالاعتبار الشخصى داخلاً فى نطاق التعاقد متعلقاً به، بمعنى أن يكون العاقد الآخر علـى علـم بهـذا الإعتداد أو من السهل عليه أن يعلم به.

ومن الجدير بالذكر أن اتجاه إرادة العاقد إلـى إضـافة عنـصر الاعتبـار الشخصى فى التعاقد فى عقد من العقود على خلاف الأصل، هو أن تتضمن شروط هذا العقد اشتراط ما يترتب على الاعتداد بالاعتبار الشخصى من آثار، سواء فـى ذلك وجوب تنفيذ العاقد بنفسه الإلتزامات المتعلقة بصفة فيه اعتد بها المتعاقد الآخر، أو عدم انتقال آثار العقد إلى خلفه الخاص أو العام. وهذا هو الحال أيضاً إذا اقتصر الاشتراط على وجوب تنفيذ العاقد بنفسه لإلتزاماته المتعلقة بصفة فيه، إذ يستفاد من ذلك الاعتداد بشخص هذا العاقد وحتى لو لم يشترط عدم انتقال آثار العقد إلى خلفه الخاص أو العام، ذلك أن اشتراط تنفيذ العاقد بنفـسه لإلتزاماتـه يعنـى الاعتـداد بشخصه أو بصفاته ويتضمن توافر كافة آثار الاعتبار الشخصى فى التعاقد، ومـن هذه الآثار منع انتقال آثار العقد إلى الخلف الخاص أو العام، حيث أنه إذا أجاز هذا الانتقال لقام بالتنفيذ الخلف الذى انتقلت إليه آثار العقد وهذا يتنافى مع اشتراط تنفيذ العاقد لإلتزاماته بنفسه.

وعلى العكس من ذلك إذا اشترط منع انتقال آثار العقد إلى الخلف الخاص، فإن ذلك لا يستتبع بالضرورة إضافة عنصر الاعتبار الشخصى فى التعاقد، وبالتالى يجوز انتقال آثار هذا العقد إلى الخلف العام وأيضاً إذا اشترط منع انتقال آثار العقد إلى الخلف العام فإن ذلك لا يستوجب حتماً إضافة عنصر الاعتبار الشخصى فـى التعاقد، لذلك يجوز انتقال آثار هذا العقد إلى الخلف الخاص. فإذا كان انتقال آثـار العقد إلى الخلف الخاص أو العام يدل على أن العقـد مـن العقـود ذات الطـابع الموضوعى، فإن العكس غير صحيح حيث أن منع انتقال آثار العقد إلـى الخلـف الخاص أو العام لا ينبئ دائماً عن أن العقد من العقود ذات الطابع الشخصى، فقـد

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ سمير إسماعيل – الرسالة السابقة صـ٦٢.

يرجع منع انتقال هذه الآثار إلى اعتبارات موضوعية عامة لا إلى الاعتداد بالاعتبار الشخصي[1]. وهذا هو الشأن فيما تنص عليه تشريعات إيجار الأماكن وإيجار الأراضي الزراعية من منع التنازل عن الإيجار أو التأجير من الباطن، فالبنسبة لإيجار الأماكن نلحظ أن هذا المنع التشريعي منبت الصلة عن الاعتبار الشخصي في التعاقد، إذ أن مرده إلى ظروف موضوعية عامة ترتبت على أزمة المساكن وما اقتضته من امتداد الإيجار امتداداً قانونياً لحاجة المستأجر، فإذا ما انتفت هذه الحاجة بتنازله عن الإيجار أو تأجيره من الباطن لم يعد للامتداد أساس يقوم عليه. وبالنسبة لإيجار الأراضي الزراعية لا يستند ذلك المنع التشريعي إلى الاعتبار الشخصي في التعاقد، بل إن مناطه ظروف موضوعية عامة هي الرغبة في حماية الفلاحين ومنع استغلال الوسطاء إياهم[2].

ومن الجدير بالذكر أن مجرد اشتراط انتهاء العقد في حالة إعسار أو إفلاس أحد العاقدين لا ينبئ بالضرورة عن الاعتداد بشخص هذا العاقد، فقد يرجع هذا الشرط إلى ظروف وملابسات أخرى منفصلة عن الاعتبار الشخصي، وإذا كان اشتراط أحد الآثار المتقدمة يقتصر وحده عن الدلالة على إضافة عنصر الاعتبار الشخصي في التعاقد، فإن اقتران ذلك بظروف وملابسات ترجح الاعتداد بالاعتبار الشخصي في التعاقد ينبئ عن إضافة هذا العنصر إلى العقد الذي هو بعيد الصلة عن هذا الاعتداد أصلاً، وهذا هو الحال إذا اقترن اشتراط منع المستأجر من التنازل عن الإيجار أو التأجير من الباطن بظروف تدل على اعتداد المؤجر بشخص المستأجر أو بصفة من صفاته، ففي هذه الحالة يكون عنصر الاعتبار الشخصي في التعاقد قد أضيف إلى عقد الإيجار خروجاً عن الأصل فيه، وبذلك تترتب كافة آثار هذا العنصر وليس الأثر المشترك صراحة فقط، والأمر كذلك إذا اقترن اشتراط منع المقاول من المقاولة من الباطن خروجاً على الأصل الذي يبيح المقاولة من الباطن بظروف تدل على اعتداد رب العمل بشخص المقاول أو بصفة من صفاته متوافرة لديه، ففي هذه الحالة يكون عنصر الاعتبار الشخصي في التعاقد قد أضيف إلى عقد

١) راجع في ذلك: دكتور/ سمير إسماعيل – الرسالة السابقة صـ٦٤.

٢) راجع في ذلك: دكتور/ جلال على العدوى – قواعد الإيجار ١٩٦٨ فقرة ١٤٠، ١٤١ صـ٦١، ٦٢.

المقاولة خروجاً على الأصل فيه، وبالتالى تترتب كافة آثار هذا العنصر وليس فقط الأثر الذى اشترط صراحة.

ثانياً: دور الإرادة فى استبعاد عنصر الاعتبار الشخصى فى التعاقد:

إذا كان للإرادة أن تضيف الاعتداد بالاعتبار الشخصى فى عقد كان أصالة خالياً من هذا الاعتداد على النحو السابق بيانه، فإن لها أيضاً أن تستبعد الاعتداد به من عقد كان – أصالة – يتم الاعتداد به فيه وكل ذلك مقيد بعدم مخالفة النظام العام أو الآداب، ومما يدل على اتجاه إرادة العاقد إلى إلغاء عنصر الاعتبار الشخصى من العقد المراد إبرامه أن تتضمن شروطه، اشتراط عدم إنتاج هذا العنصر لكافة آثاره أو اشتراط إمكان تنفيذ الغير لالتزامات العاقد محل الاعتبار[١].

ويتحقق هذا الاستبعاد فى حالة ما إذا أذن رب العمل للمقاول بأن يسند إقامة البناء المتفق عليه إلى مقاول من الباطن بالرغم من أن الأصل هو قيام المقاول الأصلى بإقامة هذا البناء بنفسه، وكما هو الشأن فى حالة إذن المودع للمودع عنده بأن يسند حفظ الوديعة إلى غيره على الرغم من أن الأصل هو قيام الأخير بواجب الحفظ بنفسه للاعتداد بشخصه، فهذا الإذن يدل دلالة واضحة على استبعاد ذلك الأثر من آثار الاعتبار الشخصى – وهو قيام المودع عنده أو المقاول الأصلى بتنفيذ التزامه بنفسه – وينبئ فى ذات الوقت عن استبعاد عنصر الاعتبار الشخصى فى التعاقد بكافة آثاره خروجاً على الأصل فى عقد الوديعة.

وإذا كان للإرادة أن تتجه إلى استبعاد عنصر الاعتبار الشخصى كلية، فإن لها أيضاً أن تقتصر على استبعاد أحد آثار هذا العنصر مع بقائه قائماً ومع ترتيب آثاره الأخرى، فإذا ما اشترط انتقال آثار العقد من العاقد محل الاعتبار الشخصى – عند موته – إلى خلفه العام، فإن ذلك لا يشمل بالضرورة إمكان التنفيذ بواسطة الغير، كذلك إذا اشترط استمرار العقد على الرغم من إعسار أو إفلاس العاقد محل الاعتبار الشخصى فى الحالات التى يترتب فيها على إعساره أو إفلاسه انقضاء العقد فإنه مع ذلك يظل عنصر الاعتبار الشخصى فى التعاقد قائماً منتجاً لآثاره الأخرى، ويمتنع تنفيذ التزامات هذا العاقد بواسطة الغير، فقد يرجع هذا الشرط إلى

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ سمير إسماعيل – الرسالة السابقة صـ٦٤.

ظروف وملابسات أخرى منبتة الصلة عن الاعتبار الشخصي مثل الحصول على ضمانات أو على تأمينات تكفل الوفاء وتضمنه.

وكذلك الأمر في حالة رضاء الشركاء باستمرار عقد شركة الأشخاص على الرغم من موت الشريك المتضامن او على الرغم من إعساره أو إفلاسه أو الحجر عليه رغم أن الأصل هو الاعتداد بشخصه أو بصفه من صفاته، مما كان يستتبع انتهاء العقد في حالة وفاته أو إعساره أو إفلاسه أو الحجر عليه، فإن رضاء الشركاء باستمرار الشركة – في هذه الحالات – يترتب عليه استبعاد أحد آثار الاعتداد بالاعتبار الشخصي في التعاقد بالنسبة للشريك المتوفى أو المعسر أو المفلس أو المحجور عليه وهو انتهاء العقد دون سائر آثار هذا الاعتداد بالنسبة للشركة ولباقي الشركاء، مثل منع انتقال آثار العقد إلى الخلف الخاص وتنفيذ العاقد بنفسه إذا كانت حصته عملاً وذلك إعمالاً لأحكام المادة ٥١٢ مدني[1].

ويتحقق ذلك أيضاً في حالة موافقة المعير على استمرار وبقاء عقد العارية بالرغم من موت المستعير، بحيث تنتقل العارية إلى خلفه العام على الرغم من أن الأصل هو الاعتداد بشخص المستعير، فإن هذه الموافقة تنطوي على استبعاد هذا الأثر وحده من آثار الاعتداد بالاعتبار الشخصي مع بقائه قائماً ومع ترتيب آثاره الأخرى.

وتنص المادة ١٠٦ من القانون المدني على أنه «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب».

ويتضح من هذا النص أن هذه المادة تتضمن عدة فروض وأحكام حيث قررت بأنه إذا لم يفصح النائب أثناء التعاقد عن صفته الحقيقية في التعاقد، وأنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد من حقوق والتزامات لا تضاف إلى ذمة الأصيل، وهذا هو الأصل العام في التعاقد بأنه يجب على المتعاقد الذي يصدر منه إيجاباً للغير المتعاقد معه، أن يفصح عن صفته الحقيقية في التعاقد أي أنه يتعاقد بصفته

١) راجع في ذلك: دكتور/ سمير إسماعيل – الرسالة السابقة صـ٦٥.

الشخصية ولحسابه أم يتعاقد بوصفه نائباً عن شخص محدد، وقد أوردت المادة المذكورة استثناءين على هذه القاعدة فى التعاقد الأول: إذا كان من المتعين على المتعاقد مع النائب أن يعلم بأن من تعاقد معه نائباً وليس أصيلاً الثانى: إذا كان يستوى لدى المتعاقد مع النائب أن يتعاقد مع الأخير أو الأصيل. ولزوم إفصاح من يرغب فى تشييد الرابطة العقدية عن صفته الحقيقية فى التعاقد، هى علة ابتغاها المشرع حتى يتيح الفرصة للمتعاقد مع النائب والذى وجه إليه الإيجاب أن يدبر أمره على ضوء ذلك، وأن يختار إما أن يتعاقد أو يرفض التعاقد وذلك إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد المنبثق من مبدأ سلطان الإرادة، ويتضح من ذلك أن المتعاقد يعول على شخص المتعاقد الآخر أو صفته من صفاته قبل أن يقدم على إبرام العقد، ويتحقق ذلك فى كثير من العقود ونستعرض بعض منها على النحو التالى:

١- عقد الوديعة:

إن المودع عند إبرامه عقد الوديعة مع المودع عنده يعول بالأساس على شخص هذا الأخير أو على صفة من صفاته، ويكون لشخص المودع عنده اعتباراً خاصاً لدى المودع حيث عول الأخير عند التعاقد على شخص المودع عنده، وبالتالى لا يجوز للمودع عنده أن يحل شخص غيره محله فى حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع إلا إذا كان مضطراً إلى ذلك، وهو ما صرحت به المادة ٧٢١ من القانون المدنى على أنه «ليس للمودع عنده أن يحل غيره محله فى حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع إلا أن يكون مضطراً إلى ذلك بسبب ضرورة ملحة عاجلة».

وهذا ما أفصحت عنه أيضاً المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون حين قالت: «ويفرض فى الوديعة أن شخص الوديع له اعتبار خاص عند المودع، فلا يجوز للوديع أن يحل غيره محله فى حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع إلا أن يكون مضطراً إلى ذلك...» [1] ويتضح من حكم النص والمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون أن لشخص المودع عنده اعتباراً خاصاً لدى المودع، وبالتالى لا يجوز للمودع عنده أن يحل غيره محله فى حفظ الوديعة، وذلك لأن المودع قد عول

---

١) راجع فى ذلك: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى جـ٥ صـ٢٥٠، ٢٥١.

على شخصه أو على صفة من صفاته وهى الأمانة والقدرة على المحافظة عليها حفاظة على ماله الخاص وردها عند طلبها من جانبه، وأنه قد لايتوافر ذلك لدى من يحل محله وبالتالى فإن تنازل المودع عنده عن عقد الوديعة لغيره دون إذن صريح من المودع كما صرحت بذلك المادة ٧٢١ مدنى، فإنه يترتب على ذلك انقضاء عقد الوديعة وذلك للاعتداد بشخص المودع عنده إلا إذا كان مضطراً فى احلاله غيره محله، بأن كانت هناك ضرورة ملحة وعاجلة كسفره المفاجئ مثلاً والذى يحول دون قيامه بحفظ الوديعة أو مرضه والذى يمنعه من القيام بواجب الحفظ والعناية بالوديعة، كما ينتهى العقد فى حالة وفاة المودع عنده فلا يجوز لورثته أن يتمسكوا أو يطالبوا باستمرار عقد الوديعة وذلك لأن المودع قد عول على شخص المودع عنده.

٢- عقد العارية:

تنص المادة ٦٣٥ مدنى على أنه «العارية عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو فى غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال».

ويتضح من هذا النص أن العارية عقد يتم إبرامه بين المعير والمستعير يلتزم بمقتضاه الأول أن يسلم الثانى شيئاً غير قابل للاستهلاك نتيجة الاستعمال، وذلك لكى يستعمله المستعير للشيء بدون مقابل يؤديه للمعير، ويكون هذا الاستعمال للشيء لمدة معينة يتم تحديدها وأن يكون استعمال الشيء فى غرض محدد يحدده الطرفان فى العقد، وفى المقابل يلتزم المستعير بأن يرده إلى المعير بعد استعماله فى الغرض المحدد لذلك.

وعقد العارية من العقود التى يعول فيها المعير على شخص المستعير أو صفه من صفاته، ذلك لأن المعير عندما يتعاقد مع المستعير يهمه بالدرجة الأولى شخص هذا الأخير، وسمعته وأمانته وحرصه على الحفاظ على العارية حفاظه على أمواله الخاصة وعلى ذلك لا يجوز للمستعير أن ينزل عن استعمال العارية للغير دون إذن من المعير ولو على سبيل التبرع بهذه العارية[1]، وهذا يؤكد على أن

١) راجع فى ذلك: دكتور/ سمير إسماعيل - الرسالة السابقة صـ٢٢١.

المعير قد عول على شخص المستعير عند إبرام العقد وهو ما صرحت بـه المـادة ٦٣٩ مدنى على أنه «١- ليس للمستعير أن يستعمل الشيء المعار إلا على الوجـه المعين بالقدر المحدد، وذلك طبقاً لما يبينه العقد أو تقبله طبيعة الشيء أو يعينـه العرف، ولا يجوز له دون إذن المعير أن ينزل عن الاستعمال للغير ولو على سبيل التبرع. ٢-....».

وطالما أن الاعتبار الشخصي في التعاقد قد عول عليه أحد الأغيـار عنـد إبرام العلاقة العقدية، فإنه إذا توفى المستعير كان العقد منتهياً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إجراء، وبالتالى لا يجوز لورثته من بعده المطالبة أو التمسك بتنفيذ العقد والإحتفاظ بالعارية، غير أن هذه القاعدة ليست من النظام العام لأنها ليست مـن القواعد الآمره بل هى قاعدة مكملة لإرادة المتعاقدين ومن ثم يجوز الاتفـاق علـى مخالفتها وذلك إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد المنبثق من مبدأ سلطان الإرادة، حيث يـتم الاتفاق فيما بينهم على عدم انتهاء العقد بوفاة المستعير، وهو ما صرحت به المـادة ٦٤٥ مدنى على أنه «تنتهى العارية بموت المستعير ما لم يوجـد اتفـاق يقـضى بغيره». أما بالنسبة لموت المعير فإنه لا يترتب عليه انتهاء عقد العارية، ومرد ذلك إلى عدم الاعتداد بشخصه أو بصفه من صفاته عند التعاقد. وهو ما صـرحت بـه مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى بقولها «لما كانـت العاريـة تبرعـاً - فالغالب أن يكون لشخص المستعير اعتبار خاص عند المعير، فإذا مات المـستعير تنتهى العارية إلا إذا وجد اتفاق على غير ذلك، ومتـى انتهـت العاريـة بمـوت المستعير فإن التزامات المستعير كالالتزام برد العارية وغيره تبقى فى تركته وتعتبر ديناً عليه، أما موت المعير فلا ينهى العارية وتبقى فى تركته إلتزاماتـه وحقوقـه الناشئة عن العارية»[1].

ويختلف القانون المدنى المصرى عن القانون المدنى الفرنسى فى ذلك، فقد ورد بالقانون الأخير بحكم مختلف تماماً لحالة وفاة المعير أو المستعير تم بناءه على أساس مختلف، هو أن الأصل عدم الاعتداد بشخص كل من العاقدين سواء المعيـر أو المستعير على السواء حيث نصت المادة ١٨٧٩ مدنى فرنسى على أنه «تنتقـل

---

١) راجع فى ذلك: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى جـ٤ صـ٦٠١.

إلى ورثه المعير أو المستعير الالتزامات الناشئة عن عقد العارية، ما لم يكن اعتبار شخص المستعير قد دفع إلى إبرام عقد العارية» وهذا الحكم الوارد بالنص الفرنسى لا يستقيم مع طبيعة العارية كعمل من أعمال التبرع ومع اختلاف الانتفاع بالعارية من شخص إلى آخر، فالحق أن شخص المستعير يكون - فى الأصل - محل اعتبار كبير منذ بداية التعاقد لذلك يُعرض النص الفرنسى للنقد، علـى خـلاف القـانون المصرى والقوانين المماثلة له التى اتسمت بالمنطق فى هذا الصدد[١].

ومن الجدير بالذكر أن المعير يعير العارية للمستعير لا لورثته، ولما كانت العارية بدون مقابل فالمعير يقصد بهذا التبرع المستعير وحده لتوافر عنصر الأمانة فيه فى تقديره وبخاصة فيما يتعلق باستعمال العارية وردها عند انتهاء العقد، وقـد ينتفى ذلك من ورثة المستعير ولم يكن هؤلاء الورثة محل اعتبار عند إبرام العقـد، لذلك ينتهى عقد العارية بموت المستعير وذلك للاعتداد بشخصه دون موت المعيـر لعدم الاعتداد بشخصه أو بصفة من صفاته.

٣- عقد الشركة:

تنص المادة ٥٢٨، ٥٢٩ من القانون المدنى على أن الشركة تنتهى بمـوت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو إعساره أو إفلاسه أو إنسحابه من الشركة، ومـع ذلك يجوز الاتفاق بين الشركاء على أنه إذا مات أحد الشركاء أو حجـر عليـه أو إعسر أو أفلس أو إنسحب من الشركة أن تستمر الشركة فيما بـين البـاقين مـن الشركاء أو أن تستمر الشركة فى حالة وفاة أحد الشركاء مع ورثته، وهـذا الحكم يتفق مع طبيعة عقد الشركة وكونه من العقود ذات الطابع الشخصى وإن انتهاء عقد الشركة بموت أحد الشركاء يتم بمجرد الوفاة وبقوة القـانون دون حاجـة إلـى أى إجراء، وأن هذا الانتهاء يرد على عقد الشركة فقط أما شخصية الشركة المعنويـة فتظل قائمة بعد انتهاء العقد طوال فترة التصفية فحسب وبالقدر اللازم لهـا وذلـك إعمالاً للمادة ٥٣٣ مدنى.

وجدير بالذكر أن الحكم الخاص بانتهاء الشركة بموت أحد الـشركاء الـذى يسرى على الشركات المدنية ينطبق كذلك فى أغلب الشركات التجارية، حيث تنتهى

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ سمير إسماعيل - الرسالة السابقة صـ٢٢٣.

شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم بموت الشريك المتضامن أو الشريك الموصى وذلك للاعتداد بشخصه أو بصفة من صفاته، وكذلك تنتهى شركة المحاصة بموت أحد الشركاء[1] ولكن لا تنقضى الشركة المساهمة والشركة ذات المسئولية المحدودة بموت أحد الشركاء.

وتعتبر قاعدة انتهاء الشركة بموت أحد الشركاء من القواعد المكملة لإرادة المتعاقدين وليست من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام، وبالتالى يجوز للشركاء الاتفاق على مخالفتها فتستمر الشركة على الرغم من موت أحد الشركاء وذلك إعمالاً لأحكام المادة ٥٢٨ مدنى، ويتخذ هذا الاتفاق أحدى صورتين:

الأولى: الاتفاق على استمرار الشركة مع ورثة الشريك المتوفى. الثانية: يكون هذا الاتفاق صريحاً كما يكون ضمنياً، ولا يعد هذا الاتفاق على استمرار الشركة على الرغم من موت أحد الشركاء قضاءً نهائياً على عنصر الاعتبار الشخصى بل يعتبر استبعاداً لأحد آثاره فقط، فعلى الرغم من هذا الاتفاق يظل عقد الشركة مندرجاً فى طائفة العقود ذات الطابع الشخصى وتترتب جميع آثار الاعتبار الشخصى عدا الأثر المستبعد.

والأمثلة على التعاقد بطريق الوكالة بالتسخير كثيرة في الحياة العملية مثال ذلك لو أراد زيد أن يشترك في مزايدة علينة[2] أعلنت عنها أحدى الجهات دون أن يكشف اسمه أو يعلن عنه في هذه المزايدة خشية أن يعلم المزايدون الآخرون المنافسون له أنه في حاجة إلى هذه السلعة موضوع المزايدة، فيعمدون إلى الدخول والاشتراك في هذه المزايدة للمزايدة عليه وبالتالي عدم رسوها عليه، ومن أجل تفادى ذلك فإنه يلجأ إلى عمرو ويتفق معه على أن يدخل هو المزايدة باسمه هو لا باسم زيد، ثم بعد أن يرسو المزاد على عمرو يتولى بعد ذلك نقل الآثار المترتبة على التعاقد إلى زيد، وكما لو أراد (أ) أن يقترض مبلغاً من المال من (ب) ولكنه يعلم بأن (ب) لن يقرضه إلا بشروط صعبة فيعهد إلى صديقة (ج) الذي يعلم أن

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ على حسن يونس – المرجع السابق – فقرة ١٦٩ صـ٢٢٤، فقرة ١٨٣ صـ٢٤٤، فقرة ٢٨٢ صـ٣٥٢.

٢) راجع في ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهوري – الوسيط جـ٧ (سابق الإشارة إليه) صـ٨٠٤ وما بعدها.

علاقته مع (ب) جيدة وأن هذه العلاقة تمكنه من الاقتراض منه بشروط ميسرة وقد قبل (ج) أن يعقد هذا القرض باسمه هو لحساب صديقه (أ) ومثال ذلك أيضاً أن يرغب (أ) في شراء قطعة أرض مجاورة لأرضه من (ب) ولكنه يخشى لو تقدم هو باسمه وطلب من (ب) شراء هذه القطعة أن يطلب منه (ب) ثمناً أعلى مبالغ فيه نظراً لعلمه بأن (أ) في حاجة ماسة إلى هذه القطعة من الأرض وحتى يصل (أ) إلى مرادة بشراء هذه الأرض بثمن معتدل يتفق مع صديقة (ج) بأن يشترى هذه الأرض باسمه هو شخصياً لحساب (أ) وبذلك يتفادى كل منهم الموانع والعراقيل التي توضع في طريقة والتي من شأنها عدم وصول الموكل إلى تحقيق الأغراض التي يرمى إليها، ومعنى ذلك أنه في التعاقد بطريق الوكالة بالتسخير يتم إبرام عقدين كل منهما عقد جدى وصحيح ولا أثر للصورية في أي منهما الأول يتم إبرامه بين الموكل والوكيل يحددان فيه العمل الذي سوف يقوم به الوكيل وإن يلتزم الأخير بنقل آثار هذا العقد بعد ذلك إلى ذمة الموكل والعقد الثاني يتم إبرامه بين الوكيل المسخر والغير المتعاقد معه والذي بموجبه يقوم الوكيل المسخر بالعمل المطلوب منه لحساب الموكل، وفي هذه الحالة يعبر الوكيل المسخر عن إرادته ويتضمن هذا التعبير معطيات يستفاد منها أنه يتعاقد لمصلحته الشخصية لأنه أعلن للغير أنه يتعاقد باسمه بالرغم من قصده انصرف إلى التعاقد نيابة عن الموكل، والتعاقد بطريق الوكالة بالتسخير كثير الوقوع في الحياة العملية على الصعيد الداخلي والدولي على السواء[1] ويعتبر اتفاق التسخير مشروعاً بحسب الأصل[2] طالما أنه يستخدم في أعمال مشروعة[3] وهو يستخدم في القيام بعملية قانونية واحدة ولكن ليس هناك ما يمنع من استخدامه في القيام بأكثر من عملية قانونية[4] غير أن ذلك يتطلب وجود اتفاق صريح بين طرفيه، ويرجع ذلك إلا أن هذا الاتفاق يعد

---

1) CASS.com.26,4, 1982, 233 prec; com, 18 janv. 1994: D. 1996. 235.

٢) راجع في ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهوري – الوسيط جـ٧ (مشار إليه سابقاً) صـ٨٥٠ وما بعدها، دكتور/ محمد زكى عبد المتعال البحث السابق صـ٥، ٦.

٣) راجع في ذلك: حكم محكمة استئناف مصر بتاريخ ١٩٣٧/١٢/١٣م مشار إليه في بحث الدكتور/ محمد زكي عبد المتعال – المتقدم ذكره صـ٦ وفي هذا المعنى راجع نقض مدني ١٩٨٠/٤/٢٤م م.ن.م السنة ٣١ صـ١٢٠١ رقم ٢٣١.

٤) راجع في ذلك: دكتور/ محمد زكى عبد المتعال – البحث السابق صـ٤.

خروجاً على الأصل العام في المتعاقد حيث أن هذا الاتفاق يتضمن بنداً يقضى بأن يتم التعاقد باسم الوكيل حماية للأصيل[١].

أنواع التعاقد بطريق التسخير من حيث الغاية منه

يمكن تقسيم التعاقد بطريق التسخير من حيث الغاية منه إلى تعاقد مشروع وتعاقد غير مشروع:

١ - التعاقد المشروع:

وهو التعاقد الذى يكون الغرض منه شريفاً وهذا هو الفرض النادر أو الأقل حدوثاً فى الحياة العملية إذ قد يستخدم الوكيل المسخر بشكل مشروع لا يثير أى وجه للطعن عليه، ومثال ذلك أن يكون لشخص عند أحد أقاربه دين ولكنه يخشى مطالبته قضائياً إبقاء على رابطة القرابة، وما تتطلبه من روح المودة وحسن العلاقة فيلجأ فى ذلك إلى وكيل مسخر يحول إليه الحق تحويلاً صورياً ليتمكن هو من مقاضاته، وكمن يرغب فى شراء قطعة أرض هو فى أشد الحاجة إليها ولكنه يخشى أن ينتهز البائع فرصة حاجته إليها ويرفع الثمن عليه أو يرفض أن يبيعه هذه الأرض أصلاً لسبب أو لآخر، وفى سبيل ذلك يلجأ المشترى فى هاتين الحالتين إلى وكيل مسخر ومثال ذلك أيضاً الأب الذى يريد لدافع مشروع أن يتبرع لأحد أبنائه – دون تجاوز النصاب – ولكنه يخشى أن يثير التبرع المذكور غيرة بقية الأبناء، فيلجأ فى ذلك إلى وكيل مسخر يتبرع له ظاهرياً ويكلفه بموجب اتفاق بينهما (ورقة الضد) على تحويل الهبة إلى الابن المقصود بالهبة[٢].

ويتحقق ذلك أيضاً فى حالة البيع بالمزاد العلنى فإذا أراد شخص أن يشترك فى هذا المزاد باسمه، وعلم بذلك الغير فإنهم سوف يزايدون عليه ويرفعون الثمن وذلك لمعرفتهم بحاجته إلى هذه العملية، وفى سبيل ذلك يلجأ إلى شخص يسخره فى ذلك حيث يتفق معه على أن يدخل بدلاً منه وباسمه الشخصى هذا المزاد.

---

١) ويحصل الأصيل على ورقة ضد حتى يضمن الحصول على حقوقه.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ مجدى خليل – الصورية – رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ١٩٩٢ صـ٢٠.

إن التسخير لغرض مشروع صحيح، ولقد اعترف المشرع المصرى بشرعية التعاقد بطريق الوكالة بالتسخير، وذلك على النحو التالى:

١- أباح المشرع بموجب المادة ٤٤٤ من قانون المرافعات الجديد أن يستعير الأشخاص أسماء غيرهم فى الدخول فى مزايدات البيوع القضائية، على أن يعلن الوكيل المسخر عن ذلك خلال ثلاثة أيام من تاريخ المزايدة.

٢- وفى رسم الأيلولة على التركات افترض المشرع فى الفقرة الرابعة من المادة الرابعة (معدلة) من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ الخاص بفرض رسم الأيلولة على التركات، أن المورث يستعير فى التصرفات أسماء فروعه وزوجه وأزواج فروعه، واعتبر هؤلاء أسماء مستعارة.

٣- فى مجال حماية حق التأليف، أباح المشرع بالمادة ٢٨ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٧٤ الخاص بحماية حق المؤلف أن يستعين المؤلف باسم مستعار يضعه على مؤلفه بحيث يظهر باعتباره المالك الظاهر للمصنف.

والتعاقد بطريق التسخير فى عمل شيء باسم المسخر ولحساب المُسخر ومن غير أن يظهر اسم هذا الأخير فى هذا العمل مع الغير هو تعاقد صحيح قانونا لعدم مخالفته للقانون ولا للنظام العام[١].

٢- التعاقد غير المشروع:

وهو الذى يكون الغرض منه غير شريف، وهذا التعاقد هو الغرض الغالب فى الحياة العملية فالغالب أن يستهدف التعاقد بطريق التسخير، إما الغش والإضرار بحقوق الغير وإما الغش نحو القانون والتحايل على أحكامه الآمرة المتعلقة بالنظام العام والآداب.

أ- الغش والإضرار بحقوق الغير:

للدائنين حق الضمان العام على أموال مدينهم إعمالاً لحكم نص المادة ٢٣٤ مدنى، وأن لهم أن يتخذوا فى سبيل تحقيق ذلك جميع إجراءات الحجز عليها للحصول على حقوقهم، وأموال المدين تتكون من الأموال الحقيقية وكذلك الأموال التى خرجت صورياً من ذمته لأنها تعتبر فى الواقع باقية فى ملكه، ومن هذه

---

١) راجع فى ذلك: حكم محكمة استئناف مصر بتاريخ ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧.

الأموال ما نقلت ملكيتها صورياً إلى الاسم المستعار أو ما تعاقد بشأنها الاسم المستعار مع الغير لحساب مدينهم (المستعير للاسم). وللدائنين فى حالة الصورية أن يسلكوا أحد طريقين لإثبات الصورية إما الدعوى غير المباشرة باسم مدينهم وإما دعوى الصورية المباشرة باسمهم، وذلك سواء كانت ديونهم سابقة على التصرف الصورى أو لاحقة له، وفى حالة التعارض بين دائنى الاسم المستعار وبين دائنى المستعير للاسم يفضل الأولون، وذلك لسببين؛ الأول: أن المادة ٢٤٤ مدنى وضعت لحماية من يتعاقد على أساس العقد الظاهر. الثانى: أن دائنى الاسم المستعار يفضلون على دائنى المستعير للاسم طبقاً للقاعدة القانونية الرومانية المعروفة أنه عند التساوى فى السبب يفضل واضع اليد[1]. ومن الجدير بالذكر أن الأصيل لا يستطيع أن يحتج باتفاق التسخير ضد الغير لو علم بأنه يتعاقد مع وكيل مسخر وقت تعامله معه مادام لم يعلم حدود وكالته، أى لم يعلم – حقيقة أو حكماً – أن النائب وقت تعاقده معه يتعاقد على أنه نائب عن شخص محدد.

ومن أبرز مظاهر الغش إضراراً بحقوق الغير هى دعاوى الاسترداد المتعلقة بالحجز التنفيذى فهى المثل الحى على استخدام الوكيل المسخر بغرض الإضرار بحقوق الغير، إذ أن هذه الدعاوى يتم رفعها غالباً من وكيل مسخر للمدين المحجوز عليه الذى يسعى جاهداً فى تهريب أمواله من دائنيه، فقد يعطى المدين – بعد الحجز عليه – من أحد الدائنين صديقاً أو قريباً له (الوكيل المسخر) عقد بيع صورى يقدم تاريخه إلى ما قبل الحجز على أمواله أو أن يقوم المدين الذى يتوقع دائماً الحجز على أمواله من دائنيه ببيع صورى لهذه الأموال إلى وكيل مسخر، ثم يثبت تاريخه ثبوتاً رسمياً إذا كان منقولاً، أو يسجل له العقد إذا كان عقاراً ثم يأخذ عليه ورقة الضد بأن المدين لا يزال هو المالك، وأن الوكيل المسخر لم يكن سوى وكيل، ومن قبيل الغش ضد حقوق الغير الاكتتاب التدليسى فى أسهم شركة مساهمة أو شركة توصية بالاسم، فصاحب رأس المال المكتتب بدلاً من أن يكتتب باسمه يوكل عنه اسماً مستعاراً أو وكيلاً مسخراً للاكتتاب، وذلك حتى يتمكن من التهرب من دفع ما عساه أن يكون متأخراً من باقى ثمن الأسهم التى لم يحل بعد أو يقصد

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ أحمد مرزوق- الرسالة السابقة صـ٣٥٨.

التهرب من المسئولية التى قد تصيبه باعتباره مساهماً فى شركة توصية أو مؤسساً فى شركة مساهمة، ولكى يصل إلى هذا الغرض يختار له اسماً مستعاراً معسراً حتى إذا ما رجعت عليه الشركة لا تجد شيئاً لديه ومن ثم فإنه لا يرجع بدوره على موكله. ويكون لممثل الشركة فى هذه الأحوال أن يثبت بكافة طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن أن المكتتب الظاهر لم يكن سوى وكيل مسخر عن المكتتب الحقيقى الذى يختفى وراءه ثم يرتب على ذلك النتائج القانونية المطلوبة[1].

وقد قضت بعض المحاكم[2] «بأن المستعير للاسم لا يستطيع باسم مستعار أن يتخذ إجراءات الإفلاس ضد مدينه المفلس وقالت بأن للمدين فى هذه الحالة أن يثبت أن مباشر إجراءات الإفلاس لم يكن سوى اسم مستعار يختفى وراءه الدائن الأصلى».

وهذا القضاء محل نظر لأنه يعتبر بلاشك خروجاً عن القواعد العامة للصورية التى تقضى بأنه يجوز للشخص أن يعمل باسم مستعار ما يستطيع أن يعمله بنفسه، وفى حالة الإفلاس يستطيع الدائن أن يباشر إجراءات إفلاس المدين بنفسه، ومن ثم كان له أن يباشرها باسم مستعار كما يتحقق الإضرار بحقوق الغير باستعمال الوكيل المسخر كما إذا أراد المستعير للاسم أن يمنع مدينه من الدفع بالمقاصة بين حقه والحق الذى فى ذمة المدين، فيلجأ فى سبيل تحقيق ذلك إلى تحويل الدين تحويلاً صورياً إلى اسم مستعار هو فى الواقع وكيلاً عن الدائن، ففى هذه الحالة للمدين الحق فى إثبات الصورية بأن المحال له هو اسم مستعار للدائن الأصلى الذى يختفى وراءه حتى يتمسك بالمقاصة فى مواجهته باعتباره وكيلاً عن الدائن الأصلى.

والصورية التدليسية منتشرة فى القانون التجارى انتشارها فى القانون المدنى. فقد يكون استعمال الوكالة بالتسخير فى القانون التجاى بقصد الغش والإضرار بحقوق الغير، فالقانون التجارى قد فرق بين التظهير الناقل للملكية أو التام والتظهير التوكيلى، وعلى ذلك يكون التظهير ناقلاً للملكية إذا استوفى البيانات

1) **Cassassion Francaise, 8/8/1878, D, 1878-1-131 .**
2) **Jugement de tribunal de Bruxelle en date du 4 aout/1842 – D, voit faite No, 105, cass Francaise 11/5/1846. voir le jugement du tribunal Francais de cass-chambre des réquêtes- Gaxet trenal 12/5/1846.**

التى نصت عليها المادة ٣٩٤ من قانون التجارة الجديد ١٧ لسنة ١٩٩٩ وهى بيانات تشبه تلك التى توضع على الكمبيالة عند إنشائها فاستلزم القانون وضع إمضاء المظهر وتاريخ التظهير، وذكر وصول القيمة واسم المظهر إليه مقروناً بشرط الأمر. ويكون التظهير توكيلياً إذا لم يستوفى البيانات التى نصت عليها المادة ٣٩٨ من قانون التجارة.

ويترتب على التظهير الناقل للملكية انتقال ملكية الحق الثابت فى الكمبيالة من المظهر إلى المظهر إليه بلا حاجة إلى إتباع إجراءات الحوالة المدنية التى نصت عليها المادة ٣٠٥ مدنى، والتظهير بالتوكيل يعتبر المظهر إليه وكيلاً وقد يتفق المظهر والمظهر إليه على الصورية غشاً وإضراراً بالمسحوب عليه حتى لا يتمسك هذا الأخير ضد الوكيل المسخر بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها فى مواجهة الموكل فيُظهر هذا الأخير إلى المظهر إليه صورياً تظهيراً ناقلاً للملكية ليسترا به التظهير بالتوكيل الذى أراداه. ففي هذه الحالة يجوز للمسحوب عليه وكل ضامن فى الصك أن يثبت الصورية، وأن حقيقة التظهير الناقل للملكية هو التظهير بالتوكيل، ليتمسك فى مواجهة الوكيل بكل الدفوع التى كان يستطيع التمسك بها فى مواجهة الموكل، إذ أن التظهير بالتوكيل على عكس التظهير الناقل للملكية لا يترتب عليه تظهير الدفوع[١].

ب- الغش والتحايل نحو القانون:

لقد أورد كل من القانون المدنى وقانون المرافعات صوراً مختلفة لاستعمال الاسم المستعار بغرض الغش نحو القانون والتحايل على أحكامه الآمرة المتعلقة بالنظام العام أو الآداب[٢] ومن هذه الصور فى القانون المدنى:

١- ما نصت عليه المادة ٤٧١ مدنى من أنه «لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة

---

١) تطبق قواعد الصورية فى القانون التجارى أيضاً فيجوز للغير أن يتمسك بالتظهير الصورى الناقل للملكية إذا كانت له مصلحة فى ذلك وإذا تعارضت مصلحة من يتمسك بالتظهير بالتوكيل مع مصلحة من يتمسك بالتظهير الصورى الناقل للملكية وكان حسن النية فضل الغير الذى يتمسك بالظاهر أما بالنسبة لعلاقة المسحوب بالمسحوب عليه فإنه تطبق قواعد الوكالة.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ عصام أنور سليم - الوكالة الساترة للبيع- منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٥ - صـ٤٣ وما بعدها.

ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه، كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلاً».

٢- ما نصت عليه المادة ٤٧٢ من القانون المدني من أنه «لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار وإلا كان العقد باطلاً».

وقد قضت محكمة النقض «بأن المادة ٤٧٢ مدني تحظر على المحامين التعامل مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار وإلا كان العقد باطلاً، فإذا كان الثابت من عقد البيع أن الطاعن قد اشترى العقار المبين فيه بصفته ولياً طبيعياً على ولديه القاصرين وهما ليسا ممن تضمنهم الحظر الوارد بالمادة المذكورة فلا يكون العقد باطلاً إلا إذا أثبت أنهما كانا اسماً مستعاراً لوالدهما الطاعن الأول، فإذا كان الطاعنان قد تمسكا أمام محكمة الاستئناف بأن الحكم المستأنف الذي أيده الحكم المطعون فيه لم يبين ما إذا كان اسم المشترين مستعاراً من عدمه وكان ذلك دفاعاً جوهرياً يتغير به وجه الرأي في الدعوى فإن الحكم المطعون فيه إذا أغفل الرد على هذا وقضى بالبطلان دون التثبت من أن المشتري كان اسماً مستعاراً للطاعن يكون مشوباً بالقصور والخطأ في تطبيق القانون»[1].

٣- ما نصت عليه المادة ٤٧٩ مدني من أنه «لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى».

٤- ما نصت عليه المادة ٤٨٠ مدني من أنه «لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار».

---

١) راجع في ذلك: نقض مدني ١٩٦٤/٣/١٩- مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ق رقم ٦٣ صـ٣٨١.

ويستفاد من النصوص السابقة أنه يحظر على القاضي وعضو النيابة والمحامي وكاتب المحكمة والمحضر أن يشترى الحق المتنازع فيه سواء كله أو بعضه متى كان الاختصاص بنظر هذا النزاع ينعقد للمحكمة التي يباشر فيها أى من هؤلاء عمله سواء اشترى هذا الحق باسمه الشخصي أو باسم مستعار للتحايل على حكم هذا النص، وقرر المشرع البطلان جزاء مخالفة حكم هذا النص حيث يقع البيع باطلاً. كما يحظر على المحامي والنائب والسمسار والخبير أن يشترى المال المكلف هو بالدفاع عنه أو بيعه أو تقدير ثمنه لا باسمه شخصياً ولا باسم مستعار، وقرر المشرع جزاء مخالفة المحامي للحكم الوارد في نص المادتين ٤٧١، ٤٧٢ مدني البطلان لتعلق ذلك بالنظام العام وأما بالنسبة للنائب سواء كان نائباً اتفاقياً أي وكيلاً أو نائباً قانونياً كالولي أو نائباً قضائياً كالوصي والقيم والوكيل عن الغائب والسنديك والحارس القضائي، فقد وضع المشرع حظراً عليه يحول بينه وبين أن يشترى سواء بنفسه أى باسمه شخصياً أو باسم شخص آخر يستعيره في ذلك ولو بطريق المزاد العلني الذي يُعد لبيع الحق المكلف ببيعه ولكن المشرع وضع استثناءاً على هذا الحظر مفاده جواز شرائه هذا الحق ولكن بشرط الحصول على إذن من القضاء، وذلك طبقاً لحكم نص المادة ٤٧٩ مدني. كما أورد المشرع في المادة ٤٨٠ مدني على السمسار والخبير حظراً بعدم شراء الأموال التي عهد إليهم بيعها أو تقدير ثمنها سواء كان هذا الشراء باسمه الشخصي أو باسم مستعار، والعلة التي ابتغاها المشرع من هذا الحظر هو عدم استغلالهم لنفوذهم وخبراتهم بما يؤدى إلى حصولهم على هذه الحقوق بدون مقابل أو بمقابل لا يتناسب مع القيمة الحقيقية لهذا الحق. على أنه يلاحظ:

١- أن جزاء مخالفة المنع من الشراء المنصوص عليه في المادتين ٤٧١، ٤٧٢ مدني هو بطلان البيع بطلاناً مطلقاً باعتبار أن البيع حينئذ يكون مخالفاً للنظام العام إذ مما يخالف النظام العام أن يستغل أحد مما ذكروا بهذين النصين نفوذه في شراء الحقوق المتنازع فيها أما جزاء مخالفة هذا المنع في المادتين ٤٧٩، ٤٨٠ مدني هو البطلان النسبي تأسيساً على ما قضت به المادة ٤٨١ مدني من أنه « يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين (المادة ٤٧٩، ٤٨٠ مدني) إذا أجازه من تم البيع لحسابه».

٢- إذا كانت كل من المادتين ٤٧١، ٤٧٢ مدنى تمنعان المحامى من شراء الحق المتنازع فيه باسمه أو باسم مستعار إلا أن المادة ٤٧٢ مدنى أضيق نطاقاً من المادة ٤٧١ مدنى من ناحية وأوسع من ناحية أخرى، فهى أضيق لأنها تشترط أن يكون المحامى وكيلاً فى الحق المتنازع فيه وهى أوسع لأنها تقضى بأنه متى كان المحامى وكيلاً فى الحق المتنازع فيه فكل ضروب التعامل فى هذا الحق محرمة عليه، وليس الشراء فحسب.

٣- أن منع المادة ٤٧٩ مدنى لمن كان نائباً عن غيره من شراء ما نيط به بيعه باسمه أو باسم مستعار يتسع ليشمل النائب الاتفاقى (الوكيل) والنائب القانونى (كالولى) والنائب القضائى (كالوصى والقيم والوكيل عن الغائب والسنديك والحارس القضائى) من جهة، ويشمل الشراء ولو كان بالمزاد العلنى من جهة أخرى.

ولكن يجوز للوصى والقيم والوكيل عن الغائب بإذن خاص من المحكمة أن يشتروا أموال محجوريهم كذلك يجوز للولى بإذن المحكمة أن يشترى عقار الصغير لنفسه بل ويجوز له بدون إذن أن يشترى منقول الصغير لنفسه، وإلى هذا تشير المادة ٤٧٩ مدنى فى نهايتها بقولها «ما لم يكن ذلك بإذن من القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوص عليها فى قوانين أخرى» ومن هذه القوانين الأخرى قانون الولاية على المال.

الصور الواردة فى قانون المرافعات المتعلقة بالغش والتحايل على القانون:

١- ما نصت عليه المادة ٦٦٧ مرافعات التى تحظر على المدين المتخذة ضده إجراءات الحجز العقارى أن يتقدم للمزايدة بنفسه أو باسم مستعار، ولقد جعل القانون جزاء حكم رسو المزاد فى حالة تزايد المدين المحجوز عليه باسم مستعار هو البطلان المطلق لتعلقه بالنظام العام، فقد نصت المادة ٦٦٧ مرافعات بأنه «لا يجوز للمدين ولا للقضاه الذين نظروا بأى وجه من الوجوه إجراءات التنفيذ أو المسائل المتفرعة عنها ولا للمحامين الوكلاء عن مباشرة الإجراءات أو المدين أن يتقدموا للمزايدة بأنفسهم أو بطريق غيرهم وإلا كان البيع باطلاً».

ويستفاد من هذه المادة أن المشرع قد منع المدين المتخذة ضده إجراءات

الحجز العقارى والبيع بالمزاد العلنى أن يتقدم للاشتراك فى هذه المزايدة سواء باسمه شخصياً أو باسم مستعار، كما ينسحب هذا الحظر على القضاه الذين نظروا إجراءات التنفيذ أو أى مسألة من المسائل المتفرعة عن هذه الإجراءات والمحامين الموكلين عن المدين الموقع عليه الحجز فى مباشرة هذه الإجراءات أن يشتركوا فى هذه المزايدة سواء كان ذلك بأسمائهم الشخصية أو بأسماء مستعارة، وجعل المشرع جزاء مخالفة الحكم الوارد بهذا النص هو البطلان المطلق لتعلقه بالنظام العام.

فى كل هذه الصور يستطيع كل ذى مصلحة أن يثبت الغش والتحايل حيال القانون بجميع طرق الإثبات ويقيم الدليل على أن هذه التصرفات صورية، وأن المتعاقد لم يكن سوى اسم مستعار لآخر لا يصح له قانوناً أن يتعاقد بنفسه، ويبنى الطاعن بالصورية ما يريد أن يرتب على ذلك من آثار قانونية. وهذا هو ما استقر عليه الفقه والقضاء فى فرنسا فقد حكمت محكمة استئناف كاين[١] فى دعوى يتلخص موضوعها فى أن جمعية دينية غير معترف بها تعاقدت باسم مستعار فقضت ببطلان العقد وقد جاء فى أسباب حكمها مبدأ عام يطبق فى جميع الحالات المماثلة فى حالة الغش نحو القانون والتحايل على أحكامه. قالت المحكمة فى أسباب حكمها ما يأتى «من حيث أن هذه الجمعية غير المعترف بها لا تملك قانوناً أن تتعاقد باسمها ومن ثم فإنها لا تملك التعاقد باسم مستعار، ذلك لأنه من المقرر قانوناً أنه لا يجوز للشخص أن يعمل بطريقة غير مباشرة ما هو محرم عليه قانوناً أن يعمله بطريقة مباشرة، إذ أن القانون لا يسمح مطلقاً أن تُخالف أحكامه سواء كانت هذه المخالفة سافرة أو مستترة».

والآن نريد أن نعرف النتائج القانونية التى تنشأ عن التعاقد بطريق التسخير فى حالة الغش نحو القانون والتحايل على أحكامه المتعلقة بالنظام العام والآداب. إن تدخل الوكيل المسخر عندما يكون هناك تحايل على القانون هو فى الغالب نتيجة اتفاق طرفى التصرف القانونى على أن يتوسطهما شخص مسخر يعير اسمه لغرض واحد، وهو إخفاء أمرهما من أنهما يتعاقدان معاً مباشرة، ويكون دور الوكيل

---

1) 19août 1883, D, préiodique 1884-2-213 .

المسخر فى هذه الحالة هو دور همزة وصل لا عمل له إلا أن يضع اسمه فى العقد فلا يشترك فى أسسه أو فى شروطه فيكون العقد - كما يقول Planiol[١] «كأنه قد تم مباشرة بين طرفى التصرف وعلى ذلك فلا مسئولية على الاسم المستعار ولا يطلب منه أن يقدم حساباً عن وكالته» وقد سماه loran[٢] بحق فى هذه الحالة بالوكيل الصورى تمييزاً له عن الاسم المستعار فى الحالة العادية التى ينصرف فيها أثر العقد إليه دائناً أو مديناً.

والعقد بطريق الوكالة بالتسخير فى حالة التحايل على القانون يكون باطلاً، وعلى ذلك فأى عقد من العقدين يكون باطلاً، هل العقد الظاهر الذى أبرمه الوكيل المسخر مع الغير أو عقد الوكالة المستترة أو الاثنين معاً ؟

يبدو لأول نظرة أن العقد الظاهر الذى أبرمه الوكيل المسخر مع الغير يبقى قائماً ونافذاً فيما بينهما، وأن عقد الوكالة المستتر هو الذى يلحقه البطلان لأن موضوعه باطل، ولكن هذا غير صحيح لأن معنى هذا أن الوكيل المسخر يستأثر بثمار العقد الظاهر فلا ينقل هذه الثمار إلى الأصيل وفى هذا خرق لعقد الوكالة المبرم بينهما والذى بمقتضاه يلتزم الوكيل المسخر بالتعاقد مع الأغيار باسمه الشخصى على أن تنصرف ثمار هذا التعاقد فى ذمة الموكل، ولكن الجزاء الأوفى هو بطلان العقدين معاً لأن العقد الظاهر وعقد التسخير المستتر طالما أبرم هذا أو ذاك بالتحايل على القانون.

وإذا ما تقرر بطلان العقد عاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، وزال كل أثر له وأرجع كل شئ إلى أصله إعمالاً لحكم نص المادة ١٤٢ مدنى، ويجوز أن يتمسك بالبطلان كل من له مصلحة فى ذلك وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة إعمالاً لحكم نص المادة ١٤١ مدنى ولا يستطيع أن يرجع أحد من المتعاقدين على الآخر بتعويض ما، لأنهم اشتركوا جميعاً فى التحايل على القانون ولكن قد يحدث أن الغير الذى يتعاقد معه الوكيل المسخر حسن النية، وعندئذ يجوز له أن يرجع على الوكيل المسخر بالتعويض إذا

1) Planiol: T,2 pa, 2272- voir également Tolloz 3/12/1889- D, périodique 1890-2-185-Digoz 12/2/1895 D, pratique 1896-2-523.
2) Loran. T, 18, pa. 78 .

أصابه ضرر من بطلان العقد. ويجب أن يدخل في دعوى البطلان الأصيل والوكيل المسخر معاً، حتى يكون الحكم في مواجهة هذا الأخير حتى يتخلى عن الشئ موضوع العقد، ولو أن الاسم المستعار ليس له دور إيجابي في إبرام التصرف مع الغير كما سبق الإشارة، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكم لها في ١٥ ديسمبر سنة ١٨٥٦[١].

أهلية العاقدين في عقد الوكالة بالتسخير

الجدير بالذكر أنه يتعين في الوكالة العادية (أي الوكالة النيابية) أن يكون الوكيل أهلاً وقت الوكالة أن يؤدي العمل بنفسه الذي وكل فيه غيره، لأن ما لا يستطيع الشخص أن يباشره بنفسه لا يستطيع مباشرته بوكيل، وما ذلك إلا لأن العمل الذي يجريه الوكيل باسم الموكل ولحسابه ينصرف أثره إلى هذا الأخير مباشرة.

وفي النيابة الاتفاقية يشترط أن تتوافر الأهلية اللازمة في الأصيل وذلك لأنه من لا يستطيع مباشرته بنفسه لا يستطيع أن يباشره بوكيل، ومرد اشتراط الأهلية في الأصيل في النيابة الاتفاقية أن ما ينتجه العقد من حقوق والتزامات تنصرف مباشرة إلى ذمة الأصيل لا إلى ذمة النائب، فيجب أن يكون الأصيل ذا أهلية كاملة، فإذا لم تتوافر فيه هذه الأهلية فإنه لا يستطيع أن يتعاقد بنفسه فالأولى ألا يستطيع التعاقد بوكيل، وإذا لم يكن الأصيل أهلاً فله أن يطعن بالبطلان في العقد الذي باشره الوكيل مع الغير، وإذا كانت الأهلية تشترط في الأصيل فهي لا تشترط في النائب لأنه يصح أن ينوب قاصر أو محجور عليه[٢] في بيع منزل مملوك لشخص تتوافر فيه أهلية التصرف غير أن النائب يجب أن يكون أهلاً لأنه تصدر منه إرادة مستقلة، لأن النائب إنما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة من ينوب عنه، وبالتالي فيجب أن يكون مميزاً يفهم ما يصدر عنه ولو كان قاصراً أما إذا كان غير مميز فلا تجوز نيابته.

---

1) Dalloz : 1857-1-97 .

٢) قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه يجوز للسفيه المحجور عليه أن يكون وكيلاً عن الغير ولا تشترط فيه أهلية خاصة به لأنه لا يعمل باسمه بل باسم موكله.

وفى النيابة القانونية والقضائية فإنه يشترط أن يكون الوكيل أهــلاً لإتيــان التصرف القانونى الموكل فيه، لأن الفرض هنا أن الموكل ناقص الأهلية سواء أكان صغيراً غير مميز أو قاصراً أو محجوراً عليــه أو أن أموالــه موضــوعة تحــت الحراسة أو أشهر إفلاسه، وإلا ما عين عنه القانون نائباً عنه لكى يباشر التصرفات القانونية نيابة عنه، وبالتالى فيشترط القانون أن يكون الوكيــل أهــلاً للتــصرفات القانونية التى يبرمها لحساب موكله لأنه يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الموكــل، وإما بالنسبة للموكل فإنه لا يشترط فيه توافر الأهلية لأن الفرض هنا أنــه نــاقص الأهلية سواء لصغر سنه وعدم تمييزه أو قصره أو الحجر عليه، أو وضع أموالــه تحت الحراسة أو إفلاسه وإلا ما عين له القانون نائباً إذا كان كامل الأهلية ويتحقق نفس الكلام السابق فى النيابة القضائية، وعلى ذلك فالتوكيل بالبيع يوجب أن تتوافر فى الموكل أهلية التصرف الواجب توافرها فى البائع، والتوكيل فى التأجير يوجــب أن تتوافر فى الموكل أهلية الإدارة الواجب توافرها فى المؤجر وهكذا[١].

أما الوكيل فإنه لا يلزم أن تتوافر فيه الأهلية الواجبة لإجراء العمل القانونى الذى وُكل فيه بل يكفى أن يكون مميزاً[٢] لأن آثار التصرف الذى يجريــه الوكيــل تنصرف مباشرة إلى الموكل لا إلى الوكيل وذلك كما سبق القول.

أما فى حالة الوكالة بالتسخير فإن هذه الوكالة وكالة نيابية، فالوكيل المسخر إنما يتعاقد هنا باسمه هو مع أحد الأغيار لا باسم الموكل فينصرف أثر التــصرف إليه هو لا إلى الموكل، ومن ثم فلا أهمية لأهلية الأصيل (المُسَخِر) بــل إن أهليــة الوكيل المسخر هى محل اعتبار بالنسبة للغير لأن آثار التصرف الذى يبرمه مــع الغير سوف تنصرف إليه هو دون الأصيل، ذلك لأن الوكيل المــسخر هــو الــذى سوف يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة المُسَخِّر عند إبرام التصرف وبالتالى فيجب أن تتوافر فيه الأهلية اللازمة لإبرام التصرف فإذا لم تتوافر فيه هذه الأهليــة فــإن العقد لا ينعقد، لأن الغير الذى يتعامل معه لن يقدم على إبرام التصرف مع قاصــر أو غير مميز أو محجور عليه.

---

١) راجع فى ذلك: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ٥ صـ١٩١.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الرزاق الـسنهورى - شــرح القــانون المــدنى- النظريــة العامــة للالتزامات- نظرية العقد- منشورات محمد الداية- بيروت- لبنان صـ٢١٥.

وبناء عليه إذا كان العقد الذى يبرمه الوكيل المسخر مع الغير بيعاً وجب أن تتوافر فى الوكيل المسخر أهلية التصرف الواجب توافرها فى للبائع، وإذا كان العقد الذى يبرمه الوكيل المسخر إيجاراً فيجب أن تتوافر فيه أهلية الإدارة الواجب توافرها فى المؤجر وهكذا.

ومتى أصبح الوكيل المسخر أهلاً لمباشرة التصرف المبرم مع الغير فإن التصرف يصبح نافذاً، ولا سبيل إلى الطعن فيه بالنسبة للأهلية، حتى ولو كان الأصيل ناقص الأهلية على أنه يلاحظ أنه إذا لم يكن لنقص أهلية المُسَخِّر أى أثر بالنسبة للتصرف الذى يبرمه الوكيل المسخر مع الغير، فإن لهذا النقص أثر بالنسبة لعقد التسخير ذاته فيكون العقد قابلاً للإبطال لمصلحة المُسَخِّر حتى إذا ما رجع الوكيل المسخر على هذا الأخير يطالبه بالالتزامات التى تولدت قبله، بمقتضى عقد الوكالة المستتر كان للأصيل أن يدفع مطالبته بنقص أهليته ولكن ليس للوكيل المسخر أن يتمسك بنقص أهلية المُسَخِّر فى مواجهة الغير ليتخلص من الالتزامات الناتجة عن العقد المبرم بينهما، إذ أن الوكيل المسخر كان عليه أن يتحقق من أهلية موكله قبل أن يقوم بإبرام العقد مع الغير.

إثبات عقد التسخير

سبق أن عرفنا من قبل أن عقد الوكالة بالتسخير يتم تكييفه على أنه عقد وكالة، ولكنه وكالة مستترة ونيابية أى أن العلاقة بين الوكيل المسخر والمُسَخِّر (أو الأصيل) هى علاقة وكيل بموكل تسرى عليها أحكام الوكالة، وقد يحتاج الموكل أو الوكيل إلى إثبات عقد التسخير كما قد يحتاج الغير إلى هذا الإثبات فكيف يتم إثبات عقد التسخير من جانب أى من هؤلاء؟

إن قواعد الإثبات تختلف باختلاف المكلف به، وعما إذا كان أحد طرفى العقد المذكور، أم من الأغيار الذى تعامل مع الوكيل المسخر.

أولا: إثبات عقد التسخير بين الوكيل المسخر والمُسَخِّر:

قد يحدث عملاً أن يجد الوكيل المسخر أن الصفقة التى عقدها مع الغير، صفقة رابحة فيرفض بالتالى أن ينقل للمُسخر أو الأصيل آثار هذه الصفقة ويفضل الاستئثار بها لنفسه وبالتالى يخل بالتزامه مع الأصيل مما يضطر المُسَخِّر إلى

مطالبة الوكيل المسخر قضاء، وقد يحدث العكس ويجد المُسَخِّر أن الصفقة التي عقدها وكيله المسخر صفقة غير مربحة وخاسرة، ومن أجل التخلص منها يلجأ إلى إنكار العلاقة القائمة بينهما لكي يتخلص من تبعات هذه الصفقة الخاسرة مما يضطر الوكيل إلى مطالبة المُسَخِّر قضاء ففي هذين الفرضين كيف يتسنى المُسَخِّر في الفرض الأول والوكيل المسخر في الفرض الثاني أن يثبت عقد الوكالة المبرم بينهما.

من المعلوم أنه لا يوجد نص خاص في إثبات الوكالة، ومن ثم يتعين تطبيق القواعد العامة في الإثبات وهذه القواعد تقضي بأن الوكالة لا تثبت إذا زادت قيمة التصرف الموكل فيه على خمسمائة جنيه إلا بالكتابة(١) على أنه لا يجوز إثبات عكس ما بالكتابة إلا بالكتابة حتى ولو لم تزد قيمة التصرف الموكل فيه عن خمسمائة جنيه(٢) فإذا وجدت كتابة تثبت أن شخصا نقل ملكية شئ لا تزيد قيمته على خمسمائة جنيه إلى شخص آخر وأدعى الشخص الأول أن الشخص الثاني إنما هو وكيل مسخر في بيع هذا الشئ لم يجز له أن يثبت عكس ما بالكتابة إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها من إقرار أو يمين، فإذا لم توجد كتابة، وكانت قيمة التصرف الموكل فيه تزيد على خمسمائة جنيه أو وجدت كتابة، وكان التصرف المذكور مما لا تجاوز قيمته خمسمائة جنيه فليس أمام المدعى إلا ما يقوم مقام الكتابة وهو الإقرار أو اليمين ما لم تتوافر حالة من الحالات الاستثنائية التي تجيز الإثبات بالبينة والقرائن، وهذه الحالات هي:

١- وجود مبدأ ثبوت بالكتابة.

٢- وجود مانع مادى أو أدبى من الحصول على كتابة.

٣- ضياع السند المكتوب بعد الحصول عليه بسبب قهرى(٣).

ونخلص من ذلك إلى أن القاعدة في إثبات عقد التسخير من أحد طرفيه هي وجوب الكتابة أو ما يقوم مقامها من إقرار أو يمين متى كانت قيمة التصرف الموكل فيه الوكيل المسخر تزيد على خمسمائة جنيه أو كان التصرف المذكور

---

١) راجع في ذلك: المادة ١/٦٠ إثبات المعدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩.

٢) راجع في ذلك: المادة ١/٦٠ إثبات

٣) راجع في ذلك: المادتين ٦٢، ٦٣ إثبات.

مكتوباً وأريد إثبات عكسه ولو لم تتجاوز قيمة التصرف خمسمائة جنيه ما لم تتوافر إحدى الحالات الثلاثة السابقة فيجوز الإثبات بأى طريق من طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن.

ثانيا: إثبات عقد التسخير من الغير:

يقصد بالغير هنا هو كل من لم يكن طرفاً فى عقد التسخير أو خلفاً عاماً لأحد طرفيه(١) وإذا كانت القاعدة فى إثبات العقد المذكور بالنسبة لطرفيه هى وجوب الكتابة متى زادت قيمة التصرف الموكل فيه الوكيل المسخر عن خمسمائة جنيه، أو كان هذا التصرف مكتوباً أياً كانت قيمته فما ذلك إلا لأن طرفى التصرف كانا فى مركز يسمح لهما بالحصول على كتابة منذ البداية.

أما الغير فلكونه لم يكن طرفاً فى عقد التسخير فلا يتصور حصوله على كتابة، ومن ثم فإنه يجوز للغير إثبات اتفاق التسخير بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن، وللغير هذه المكنة سواء أراد إثبات الاتفاق المذكور ابتداء أو أراد إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها.

والفصل فى ما إذا كان الغير قصد التعاقد مع الوكيل المسخر أو مع الموكل مسألة واقع ينعقد الاختصاص بشأنها لقاضى الموضوع الذى يتولى الفصل فيها.

حقوق والتزامات كل من الموكل والوكيل المسخر

إن العلاقة بين الوكيل المسخر والموكل يحددها عقد الوكالة المبرم بينهما حيث يرتب فى جانب الموكل والوكيل المسخر جميع الحقوق والالتزامات التى يرتبها عقد الوكالة.

أولا: حقوق والتزامات الموكل

لا شك أن عقد الوكالة المبرم بين الموكل والوكيل المسخر يكسب الأول حقوقاً ويرتب فى حقه التزامات مباشرة كما لو كان هو الذى باشر التصرف القانونى الذى أبرمه الوكيل.

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ سليمان مرقص – المرجع السابق صـ٢٣٦، ٢٣٧، دكتور/ عبد المنعم فرج الصدة – المرجع السابق صـ٣٣٨، ٣٣٩، دكتور/ محمد زكى عبد المتعال – البحث السابق صـ٧.

١- حقوق الموكل:

إذا كان الوكيل المسخر يبرم التصرف باسمه الشخصي حيث يبدو في الظاهر أنه هو الطرف الحقيقي في التعاقد والمستفيد منه إلا أنه يلتزم بأن ينقل آثار التصرف الذي أبرمه إلى ذمة الموكل مباشرة، لأنه قد تعاقد لمصلحته وحسابه وبالتالي لا يجوز له أن يستأثر بهذه الآثار لنفسه(١) لأنه يحتفظ بها على سبيل الأمانة، فإن بددها سئل عن جريمة تبديد وخيانة أمانة وإن تصرف فيها بأي وجه من أوجه التصرف فإنه يكون قد تصرف في ملك الغير، وبالتالي يقع على عاتقه واجب المحافظة عليها حفاظه على أمواله الخاصة، فإذا قصر في ذلك كان مسئولاً عن تعويض الموكل.

بل إن الوكيل المسخر إذا أناب عنه وكيلاً وكان الأخير يعلم صفة موكله الحقيقية في التعاقد وأنه وكيل مسخر، قامت علاقة مباشرة بين نائب الوكيل المسخر والموكل، ويلتزم الأول بتقديم حساب إلى الثاني، ولا تكون المخالصة التي يعطيها الوكيل المسخر لنائبه حجة على الموكل.

ولقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي بأنه «ما كسبه الوكيل لحساب الموكل يجب رده إليه حتى لو كان الوكيل اسماً مستعاراً يعمل باسمه الشخصي، وينطبق ذلك بنوع خاص على الحقوق التي كسبها الوكيل لنفسه في العقود التي أبرمها باسمه لحساب الموكل فيجب أن ينزل عنها»(٢).

٢- التزامات الموكل:

طبقاً لعقد الوكالة المبرم بين الموكل والوكيل المسخر فإن الموكل يلتزم بأن يدفع أجر الوكيل الذي تم الاتفاق عليه طالما كانت الوكالة مأجورة وليست تبرعية، وأن يرد المصروفات التي أنفقها الوكيل في سبيل تنفيذ الوكالة فضلاً عن تعويضه عن الضرر الذي أصابه بسبب تنفيذ أعمال الوكالة، كما أنه على الموكل أن يبرئ

---

١) راجع في ذلك: نقض مدني جلسة ١٩٦١/١١/٢٣- مجموعة النقض المدني- ١٢-٧١٣ ونفس المعنى جلسة ١٩٦٤/١١/٢٦- مجموعة النقض المدني- ١٥-١٠٧٣، ٥ مايو ١٩٦٦ مجموعة النقض المدني لسنة١٧ صـ١٠١٩، ١٩٧٩/٦/١٦ الطعن رقم ١٢٨٣ لسنة٤٨ق (حكم غير منشور)، ١٩٩١/٥/٢٢ الطعن رقم ٢١٥٠ لسنة٥١ ق.

٢) راجع في ذلك: مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٥ صـ٢٠٧، ٢٠٨.

ذمة الوكيل مما عقده باسمه من الالتزامات وإذا توفى الوكيل أو الموكل انتقلت كافة الالتزامات الخاصة بكل منهما إلى ورثته.

ثانيا: حقوق والتزامات الوكيل المسخر

كما يرتب عقد الوكالة المبرم بين الموكل والوكيل المسخر حقوقاً والتزامات للأخير.

١- حقوق الوكيل المسخر:

يُكسب عقد الوكالة الوكيل المسخر حقوقاً وهى التزام الموكل بأن يؤدى إليه أجر الوكالة إذا كانت الوكالة مأجورة، وأن يرد إليه المصروفات التى تكبدها فى سبيل تنفيذ أعمال الوكالة، وأن يؤدى إليه التعويض عن الأضرار التى أصابته بسبب تنفيذ أعمال الوكالة سواء أكانت أضرار مادية أم أدبية، كما يلتزم الموكل بأن يبرئ ذمة الوكيل المسخر مما عُقد باسمه من التزامات وما سلمه إليه من حقوق ترتبت على التصرف الذى أبرمه.

٢- التزامات الوكيل المسخر:

يرتب عقد الوكالة التزامات على عاتق الوكيل المسخر منها نقل ثمار التصرف القانونى الذى أبرمه مع الغير، إلى ذمة الموكل لأنه فى الأصل تعاقد لحساب ومصلحة الموكل، وبالتالى لا يجوز له الاستئثار بهذه الثمار لنفسه، لأنه يحتفظ بها لديه على سبيل الأمانة فإن بددها فإنه يسئل عن جريمة تبديد وخيانة الأمانة، وإن تصرف فيها بأى وجه من أوجه التصرف فإنه يكون قد تصرف فى ملك الغير، ويقع على عاتقه المحافظة على آثار التصرف الذى أبرمه مع الغير حفاظه على أمواله الخاصة فإذا قصر فى ذلك كان مسئولاً عن تعويض الموكل، وإذا أناب الوكيل المسخر غيره عنه وكان الأخير يعلم بحقيقة صفة موكله فى التعاقد وأنه وكيل مسخر قامت علاقة مباشرة بين نائب الوكيل المسخر والموكل، ويلتزم الأول بتقديم حساب إلى الثانى، ولا تكون المخالصة التى يمنحها الوكيل المسخر لنائبه حجة على الموكل.

الوكالة بالتسخير وكالة نيابية

إن جوهر نظام النيابة في التعاقد هو انصراف آثار التصرف الذي يبرمه النائب إلى ذمة الأصيل مباشرة، وهو يقوم على أساس قيام شخص بإبرام تصرف قانوني على أن تلحق آثار هذا التصرف شخص آخر غيره لم يشترك معه في إبرامه وقد نصت المادة ١٠٥ من القانون المدني على ذلك وقد تضمن نصها الشروط التي تتحقق بها النيابة وهي: ١- أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام التصرف وقد صرحت المادة ١٠٥ بذلك بقولها «إذا أبرم النائب...» ٢- أن يكون تصرف النائب داخلاً في حدود المكنة المخولة للنائب وقد صرحت بذلك المادة بقولها «... في حدود نيابته...» ٣- أن يتعاقد النائب باسم الأصيل وقد صرحت بذلك المادة بقولها «... عقداً باسم الأصيل ...»، وعلى ذلك فإن آثار التصرف الذي يبرمه النائب في حدود نيابته باسم الأصيل تقع مباشرة في ذمة الأصيل، فيضاف إليها ما يترتب على التصرف من حقوق كما تتحمل بما ينشئه ذلك التصرف من التزامات دون أن يكون للنائب أي شأن بذلك، وهكذا نرى أنه «إذا كان شخص النائب هو الواجب الاعتداد به فيما يتعلق بإتمام العقد فعلى النقيض من ذلك ينبغي أن يرجع إلى شخص الأصيل وحده عند تعيين مصير آثاره فالأصيل دون النائب هو الذي يعتبر طرفاً في التعاقد وإليه تنصرف جميع آثاره فيكسب مباشرة كل ما ينشأ عنه من حقوق ويقع على عاتقه كل ما يترتب من التزامات. ولعل هذا الأثر المباشر أهم ما أحرز القانون الحديث من تقدم في شأنه النيابة»(١).

وفقهاء الشريعة الإسلامية بمذاهبها المتعددة يجمعون على هذا الأثر المباشر للنيابة فعندهم أن تصرف النائب تقع آثاره مباشرة للأصيل وعليه، على أن الفقهاء يفرقون في آثار التصرف بين ما يسمونه حكم العقد وما يسمونه حقوقه والمراد بحكم العقد هنا الأثر المترتب على العقد الذي يثبت لكل من العاقدين قبل الآخر مثل ثبوت ملكية المبيع للمشتري ودخول الثمن في ذمة البائع، والمقصود بحقوق العقد كل ما اتصل بتنفيذ حكم العقد والتمكين لكل من العاقدين مما امضاه له العقد مثل

---

١) راجع في ذلك: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري المادة ١٠٥، المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المادة ١٠٨ من المشروع.

تسلم المبيع وقبض الثمن والرد بخيار العيب وضمان رد الثمن إذا تبين أن البيع لم يكن ملكاً للبائع إلى غير ذلك[1].

فالمذاهب الأربعة قد اجمعت على ثبوت حكم العقد وحقوقه معاً للأصيل دون النائب في جميع الحالات التي يصرح فيها النائب بأنه إنما يتعاقد بتلك الصفة أي حين يتم التعاقد باسم الأصيل ويتوافر العلم بالنيابة في النائب والغير باصطلاح الفقه الحديث وهو العلم الحقيقي والعلم المفترض وهو ما جاء بالقوانين الحديثة.

وهكذا نخلص من استقصاء قواعد النيابة في الشريعة الإسلامية ومقارنتها بمثيلاتها في القوانين الحديثة نتيجة هامة هي أن دائرة الأثر المباشر للنيابة أوسع في الشريعة الإسلامية منها في القوانين الحديثة، إذ ترجع الشريعة الغراء آثار العقد إلى الأصيل في حالات لا يتم فيها ذلك طبقاً للقوانين الحديثة إذ هذه الحالات هي من قبيل ما يسمى في الاصطلاح الحديث بالاسم المستعار لأن النائب فيها يتعاقد باسمه هو لا باسم الأصيل، ولذا تلحقة هو آثار العقد دون الأصيل. وفي اتساق نطاق الأثر المباشر للنيابة في الشريعة الإسلامية عنه في القوانين الحديثة نورد ذلك في أن المذاهب الأربعة قد أجمعت على رجوع حكم العقد وهو من أهم آثاره على الأصيل رغم عدم التصريح بالنيابة وذلك في تلك الطائفة من العقود التي يستغني عن أضافتها إلى الموكل وهي عقود المعاوضات المالية التي تنعقد بالقول، أما الحنابلة ومعهم المالكية وكذلك القول المنسوب إلى الشافعي في كتب الحنفية يذهبون إلى ابعد من ذلك فيرجعون سائر آثار العقد والمسماه بحقوق العقد إلى الأصيل باعتبارها من توابع الحكم، بمعنى أنها آثار ثانوية للعقد تعود إلى الأصيل تبعاً لرجوع الأثر الرئيسي للعقد وهو حكم العقد إليه[2].

---

١) راجع في ذلك: د. أحمد إبراهيم – أحكام التصرف عن الغير – القاهرة ١٩٤١م صـ٢٠٢-٢٠٨، دكتور/ شفيق شحاته – البحث السابق صـ٣٠٥-٣٦٢، دكتور/ عبد الرزاق السنهوري – نظرية العقد (مشار إليه سابقاً) هامش صـ٢٠٩، ٢١٠، الشيخ محمد ابو زهرة – الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية بند ٢١٠ صـ٢٣٤-٢٣٩.

٢) راجع في ذلك: دكتور/ أحمد إبراهيم – المرجع السابق صـ٢٠٢-٢٠٨، دكتور/ شفيق شحاته البحث السابق صـ٣٠٥-٣٦٢، دكتور/ عبد الرزاق السنهوري – نظرية العقد (مشار إليه سابقاً) هامش صـ٢٠٩، ٢١٠، الشيخ محمد أبو زهرة – المرجع السابق بند ٢١٠ صـ٢٣٤-٢٣٩.

© Arabic Digital Library Yarmouk University

ويلاحظ أن رجوع حقوق العقد إلى الموكل بالرغم من عدم إضافة العقد إليه يظهر ذلك في مطالبة الموكل للغير الذي تعاقد معه الوكيل أكثر من ظهوره في مطالبة ذلك الغير للموكل، وبذلك فحيث نجد أن للأصيل أن يطالب الغير بما يرتبه له العقد من حقوق بالرغم من إضافة الوكيل العقد إلى نفسه لا إلى الموكل، جاز القول بأن حقوق العقد ترجع إلى الأصيل أما إذا تعلق الأمر بمطالبة الغير بحقوقه الناشئة عن العقد فلا يدل النص على إمكان مطالبته الوكيل بتلك الحقوق على رجوعها إلى الوكيل دون الموكل وذلك لأن الغير في هذه الصورة التي تعنينا بالذات - صورة عدم إضافة آثار العقد إلى الموكل - قد لا يعرف إلا الوكيل الذي تعاقد معه دون الموكل[1].

وبناء على ذلك تنشأ بموجب قواعد الشريعة الإسلامية الغراء طائفة معينة من العقود علاقة قانونية مباشرة بين الأصيل وبين الغير الذي تعاقد معه النائب رغم عدم إعلان الأخير أنه يتعاقد بصفته نائباً، أي رغم عدم إبرام العقد باسم الأصيل وهو الأمر الذي لا يتحقق بهذا الإطلاق طبقاً للتشريعات الحديثة، ولذلك فإن الشريعة الإسلامية قد ذهبت بالأثر المباشر للنيابة إلى مدى أبعد مما وصلت إليه القوانين الحديثة حتى الآن. على أن القانون الإنجليزي والقانون الأمريكي يتضمنان نظاماً يسمى بنظام الأصيل المستتر تشبه قواعده إلى حد بعيد قواعد الشريعة الإسلامية في هذه الناحية، فمن المقرر في القانون الإنجليزي وكذلك في القانون الأمريكي أن النائب إذا تعاقد مع الغير باسمه هو دون أن يعلن عن صفته الحقيقية في التعاقد وأنه يتعاقد بصفته نائباً، ثم علم الغير علماً حقيقياً أو حكمياً بوجود النيابة وتم الكشف عن شخصية الأصيل، كان له أن يرجع بتنفيذ الالتزامات التعاقدية أما على النائب الذي تعاقد معه وأما على الأصيل الذي كان مجهولاً له أثناء التعاقد فيكون للغير بذلك مدينان يرجع على أيهما، كما يكون للأصيل أن يرجع على الغير المتعاقد مع النائب مباشرة لتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه دون حاجة إلى توسط النائب على أن هذا الغير يكون له في هذه الحالة الحق في دفع دعوى الأصيل بكافة الدفوع التي كانت له قبل النائب بما فيها المقاصة، والرخصة المقررة للغير المتعاقد

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ جمال مرسي بدر - الرسالة السابقة صـ٣٥٢، ٣٥٣.

مع النائب في هذا النظام تستنفذ باستعمالها مرة واحدة بمعنى أنه ليس لهذا الغير أن يرجع على النائب بعد أن يكون قد اختار الرجوع على الأصيل وبالعكس[١] والتشابه بين نظام الأصيل المستتر في القانون الإنجليزي والقانون الأمريكي وبين قواعد الشريعة الإسلامية في آثار النيابة متوفر في أكثر من وجه، فالعلاقة المباشرة التي تنشأ بين الأصيل والغير المتعاقد مع النائب رغم جهلة بوجود النيابة وقت إبرام العقد أي أن الأثر المباشر للنيابة يترتب في النظامين في صورة ينعدم فيهما ذلك الأثر المباشر في سائر القوانين الحديثة، كما أن الخيار المقرر للغير المتعاقد مع النائب في القانون الإنجليزي والقانون الأمريكي في الرجوع على النائب أو الأصيل مقرر أيضاً في الشريعة الإسلامية، على أن الخيار المقرر في الشريعة الإسلامية يختلف عن الخيار المقرر في القانون الإنجليزي من حيث أن الرجوع على أي من الأصيل أو النائب في القانون الإنجليزي يستتبع النزول عن الرجوع على الآخر بغير تفرقة، بينما مقتضى القياس على الضامن والمضمون في الشريعة الإسلامية أن الرجوع على النائب لا يمنع من الرجوع بعد ذلك على الأصيل إذا لم يثمر الرجوع على نائبه لأن الأصيل في حكم المدين الأصلي، إذن القانون الإنجليزي يسوى في المسئولية بين المدينيين البدليين أما الشريعة الإسلامية فترتب مسئوليتهما بالقياس على مسئوليتى الضامن والمضمون. وهناك خلاف في هذه النقطة بين القانون الإنجليزي والقانون الأمريكي ففي القانون الأخير لا يسقط حق الغير في الرجوع على النائب لمجرد أنه كان قد بدأ بمطالبة الأصيل أو بالعكس، وإنما يترتب على صدور حكم ضد أحدهما عدم إمكان مطالبة الآخر اللهم إلا إذا كان الغير قد حصل على حكم ضد النائب قبل أن تتكشف له شخصية الأصيل، ففي هذه الحالة يكون للغير أن يعود فيقاضى الأصيل متى وجد له مصلحة في ذلك كأن يكون

---

١) راجع في القانون الإنجليزي:

Halisbvry's laws of London, vol. I, par, 490 et seq.; chitty on contracts, London 1961, vol. II, par 64et seq.; Sutton and Shannon on contracts, London 1963, arts. 169et seq.; Anson on contract and Agency, London 1959. p. 518 et seq.

وفي القانون الأمريكي:

Restatement, Znd (1958). Agency, sections 209 et seq.; Mechem, outlines of low of Agency, Chicago 1952, sect. 145 et seq.

الأصيل مثلاً أكثر ملاءة من النائب[1]، والقانون الأمريكي في عدم ترتيبه على مجرد مطالبة أي من الأصيل أو النائب سقوط حق الغير في مطالبة الآخر يقترب من أحكام الشريعة الإسلامية أكثر من القانون الإنجليزي.

ويرى الأستاذ الدكتور/ السنهوري[2] أن نظام الأصيل المستتر في القانون الإنجليزي هو في الواقع مرحلة إلى الإمام في نظام الاسم المستعار الذي تعرفه القوانين اللاتينية والجرمانية فإن هذا النظام الأخير لا يجعل العلاقة مباشرة بين الأصيل والغير بل يتوسط بينهما النائب ويرجع كل منهما عليه دون أن يرجع أحدهما على الآخر أما النظام الإنجليزي فيسمح بهذا الرجوع ويضيف العلامة الكبير أن نظام القانون الإنجليزي في هذا الصدد ظاهر أنه لا ينطبق إلا في العلاقات المالية التي لا اعتبار فيها للشخص فلا ينطبق على وعد بالزواج أو على إيجار العمل... الخ.

والأصيل إذن هو الذي تترتب في ذمته مباشرة آثار التصرف الحاصل بطريق النيابة لأن نيابة النائب ليست نيابة في الالتزام بأحكام العقد وإنما هي نيابة في إبرام العقد، وعلى ذلك فالأصيل دون النائب هو الذي يكتسب من ذلك التصرف حقوقاً ويلتزم بمقتضاه بالتزامات كما له أن يطالب الطرف الآخر بالتنفيذ اللهم إلا إذا كانت نيابة النائب شاملة لمرحلة تنفيذ العقد ولا تقتصر على إبرامه ففي هذه الحالة يكون له أن يتولى الوفاء والاستيفاء بصفته نائباً عن الأصيل في ذلك، وغني عن البيان أن التزام الأصيل بالآثار المترتبة على تصرف النائب هو حكم قاعدة النيابة التي تنطبق متى توافرت شروطها بلا حاجة إلى قبول الأصيل للالتزام بتلك الآثار، وبالتالي فليس للأصيل – إذا ما تطلب انطباق قاعدة النيابة – أن يقبل بعض آثار تصرف النائب ويرفض البعض الآخر إذ أن تصرف النائب كل لا يتجزأ وأن آثار ذلك التصرف تلحق بالأصيل بحكم قاعدة النيابة دون أي إجراء آخر، ولا يخفى أن من الحالات ما لا يحتاج فيه انطباق قاعدة النيابة إلى رضاء الأصيل أصلاً لا مقدماً ولا بعد إبرام العقد وذلك كما في صور النيابة القانونية والفضالة عندما يكون التصرف نافعاً نفعاً محضاً، بل إن هناك حالات تنطبق فيها قاعدة

1) Restatement 2nd 1958, Agency, sections 209, 210-337, Mechem, 158.

٢) راجع في ذلك: نظرية العقد – بند ٢١٠ هامش ٥ من صـ٢١٨.

النيابة وتعود آثار العقد إلى الأصيل رغم ما قد يكون لهذا الأخير من إرادة مخالفة وذلك كما في حالات النيابة الظاهرة التي تقوم فيها النيابة على حالة واقعية لا علاقة لها بإرادة الأصيل الحقيقية.

وتنص المادة ١٠٥ من القانون المدني على أنه «إذا ابرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل».

ويستفاد من هذا النص أن أحكام النيابة في التعاقد هي أن يتعاقد النائب باسم الأصيل وأن يتجه قصد كل من النائب والغير المتعاقد معه على انصراف آثار العقد في ذمة الأصيل، وإذا ما طبقنا هذه الأحكام على التعاقد بطريق الوكالة بالتسخير لوجدنا أن الوكيل المسخر يتعاقد باسمه مع أحد الأغيار في إبرام تصرف قانوني على أن تنصرف آثار هذا التصرف إلى ذمة الأصيل(1)، وبذلك نجد أن الوكيل المسخر في تعاقده مع الغير فإنه يُعمل إرادته محل إرادة الأصيل في إبرام هذا التصرف وأن كان يتعاقد مع الغير باسمه ولكنه طرف في هذا التعاقد بالمعنى الشكلي أي طرف في الآثار القانونية المترتبة على العقد ولكنه ليس طرفا في الآثار الاقتصادية أي ليس طرفاً بالمعنى الموضوعي وإن كانت الآثار المترتبة على العقد تمر بذمته المالية أولاً، أما بالنسبة لعلاقة الوكيل المسخر بالأصيل فإن هذه العلاقة علاقة تعاقدية يحكمها عقد الوكالة بالتسخير شأنها شأن العلاقة بين النائب والأصيل التي يحكمها مصدر النيابة وهي علاقة تعاقدية أيضاً، وعن العلاقة بين الأصيل والغير فإنها علاقة تعاقدية بالنسبة للآثار القانونية والآثار الاقتصادية حيث نجد أن النائب يتعاقد مع الغير باسم الأصيل ولحسابه على أن تنصرف آثار التصرف في ذمة الأصيل مباشرة، وأما في الوكالة بالتسخير نجد أن العلاقة بين الأصيل والغير المتعاقد مع الوكيل المسخر علاقة اغيار لأن كل منهما لم يشارك بإرادته في إبرام العلاقة التعاقدية ولذلك فهما ليسا طرفاً في الآثار القانونية المترتبة على العقد غير أنهما أطراف في الآثار الاقتصادية لأن ما ينتجه التصرف من حقوق والتزامات يضاف إلى كل منهما، كما أن النيابة في التعاقد تقوم على أساس أن يتعاقد النائب

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢٤٧.

باسم وحساب الأصيل على أن تنصرف آثار هذا التعاقد إلى ذمة الأصيل مباشرة سواء كانت حقوقاً أو التزامات ولاشك أن الوكيل المسخر يعتبر نائباً بالمعنى الفني والقانوني لأن طبيعة عمله وإن كانت تتطلب منه أن يقوم بإبرام العقد مع الغير باسمه الشخصي، إلا أن قصده وكذا قصد من وكله قد انصرفا إلى عدم انصراف آثار التصرف الذي يشارك في إبرامه في ذمته المالية سواء الآثار الإيجابية أو السلبية، وهذا المفهوم للوكالة بالتسخير يتطابق مع المفهوم الفني للنيابة كما قصده المشرع في نص المادة ١٠٥ من القانون المدني لأن قصد كل من النائب والغير المتعاقد معه ينصرف إلى ترتيب هذه الآثار في ذمة الأصيل[1].

وأما عن الأسانيد القانونية على أن الوكالة بالتسخير وكالة نيابة فإن المشرع المصري أو الكويتي لم يفرق عندما نظم الوكالة العادية بين الوكالة المكشوفة والمستترة بل جاء تنظيمه لذلك عاماً حيث نصت المادة ٦٩٩ من القانون المدني المصري على أن «الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل» كما نصت المادة ٦٩٨ من القانون المدني الكويتي على أنه «الوكالة عقد يقيم به الموكل شخصاً آخر مقام نفسه في مباشرة تصرف قانوني». والبادي من هذين النصين أن كل منهما جاء عاماً الأمر الذي يتعين صرف الأحكام الواردة بهما إلى الوكالة المكشوفة والوكالة المستترة، ولو أن المشرع يقصد غير هذا المعنى لإضاف إلى المادة الخام التي استخدمت في صياغة هذين النصين عبارة «باسم و....» بحيث ترد الصياغة النهائية على النحو التالي «.... بعمل قانوني باسم ولحساب الموكل» وعندما تناول المشرع مسألة الآثار المترتبة على العقد الذي يتم من خلال الوكالة العادية أحال بمقتضى نص المادتين ٧١٣ من القانون المدني المصري والمادة ٧١٥ من القانون المدني الكويتي إلى نصوص المواد ١٠٥، ١٠٦ مدني مصري والمادتين ٥٧، ٥٨ مدني كويتي وجاءت إحالة المشرع إلى هذه المواد عامة الأمر الذي يستوجب صرفها على الوكالة العادية المكشوفة والمستترة على السواء، وبالرجوع إلى نصوص المواد ١٠٥، ١٠٦ مدنى مصري، ٥٧، ٥٨ مدني كويتي نجد أن عبارات هذه المواد جاءت هي الأخرى عامة مطلقة، بل إن

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد – المرجع السابق صـ١٢٠ وما بعدها.

مضمون نص المادة ٥٩ مدني كويتي – التي ليس لها نـص مثيـل فـي القـانون المصري – يقطع بأن تصرفات الوكيل المسخر تخضع لأحكام النيابة في التعاقـد، فالمادة ٥٩ مدني كويتي خولت للغير المتعاقد مع النائب أن يمارس رخصة الخيـار بين طلب قيام العقد مع النائب بصفته الشخصية وفقاً لما تضمنه التعبيـر الـصادر عنه، أو التعاقد مع الأصيل وفقاً لما انصرف إليه قصده وفق ما تقتضيه مـصلحته الشخصية غير أن هذا الحق في الخيار يكون معطلاً في حالة علم الغير علماً حقيقياً أو حكمياً بصفة النائب الحقيقية في التعاقد أو كان يستوى الأمر لديه في التعاقد مع النائب أو الأصيل، ومما لا شك فيه أن الوكالة بالتسخير تعتبر أحدى صور الوكالة المستترة الأمر الذي يستوجب خضوع الآثار المترتبة على العلاقات التعاقدية التـي تتم من خلال الوكالة بالتسخير لأحكام نصوص المواد ١٠٥، ١٠٦ مـن القـانون المدني المصري، ٥٧، ٥٨ من القانون المدني الكويتي[1]، وبذلك نخلص من ذلك أن الوكالة بالتسخير وكالة نيابية وأنها أحد أنواع الوكالة فهي وكالة لأن الوكيل المسخر قد تلقى وكالته التي بموجبها يقوم بإبرام التصرف المطلوب قبل إبرام التعاقد وهذه الوكالة تتمثل في عقد الوكالة المستتر الذي يبرمه الأصيل مع الوكيل المسخر والذي يلتزم بموجبه الأخير بالقيام بإبرام تصرف قانوني مع أحد الأغيار لحساب الأصيل على أن تنصرف آثار التصرف في ذمة الأخير، وأن الوكالة بالتسخير نيابيـة لأن الوكيل المسخر في علاقته بالأصيل يكون نائباً عنه في إبرام التـصرف القـانوني المطلوب مع أحد الأغيار والذي تنصرف آثاره في النهاية في ذمة الأصل، وهذا ما يؤكد أن الوكالة بالتسخير وكالة نيابية تطبق عليها أحكام النيابة في التعاقد.

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد – المرجع السابق صـ١٢١، ١٢٢، ١٢٣.

المطلب الثانى
من فى حكم الوكالة بالتسخير

عرض وتقسيم:

سبق القول بأن الوكالة بالتسخير هى عقد بمقتضاه يلتزم أحـدهما ويـسمى الوكيل المسخر بالتعاقد مع الأغيار باسمه الشخصى ولكن لحساب الطرف الآخـر ويسمى الموكل[١]، حيث لا تمر ثمار العقد الذى أبرمه الوكيل المسخر فـى ذمتـه، والذى يلتزم بدوره بنقلها إلى ذمة الأصيل بموجب عقد الوكالة الذى يفرض عليـه هذا الالتزام، ومن ثم فإن يده على الحقوق الناشئة عن العقد تعتبر يد أمين وليست يد مالك، وبالتالى إذا تصرف فيها بأى وجه من أوجه التصرف طُبقت عليـه أحكـام التصرف فى ملك الغير وإن بددها أو رفض تسليمها إلى الأصيل فإنه يـسأل عـن جريمة تبديد وخيانة أمانة طبقاً لنص المادتين ٣٣٦، ٣٤١ من قانون العقوبات وهذا النوع من الاتفاق يعتبر مشروعاً طالما أنه يستخدم فى أعمال مشروعة[٢]، فقد يرى الموكل أن مصلحته الشخصية تقتضى عدم إظهار صفته العقديـة أمـام الأغيـار فيشترط فى عقد الوكالة أن يتعامل الوكيل مع الغير باسمه الشخصى، وفـى هـذه الحالة تسمى الوكالة بعقد التسخير ومعنى ذلك أن إخفاء الوكيل حقيقة صـفته فـى التعاقد – تنفيذاً لما تم الاتفاق عليه فى عقد الوكالة – ليس مقصوداً لذاته وإنما مـن أجل إنتاج أثر قانونى محدد سواء فى علاقة الموكل بالمتعاقـد مـع الوكيـل[٣] أو بالأغيار[٤].

---

١) راجع فى ذلك: صــ٣١ من الرسالة.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط جـ٧ (سابق الإشارة إليه) صــ٨٠٤، دكتور/ محمد ذكى عبد المتعال- البحث السابق صــ٥.

٣) من ذلك مثلاً أن يخفى الموكل فى الشراء باسمه على البائع ويسخر الوكيل للشراء باسمه لأنه يدرك أن البائع لو علم بالمشترى الحقيقى لطلب ثمناً أعلى طمعاً فيه أو لامتنع عن البيع نكاية به- راجع دكتور/ عبد الرزاق السنهورى- الوسيط جـ٧صــ٨٠٤.

٤) والمجال الخصب لذلك البيع الذى يتم بطريق المزاد العلنى فالغالب أن يسخر المشترى فى المزاد وكيلاً عنه يتقدم إلى المزاد باسمه الشخصى وليس باسم الموكل لأنه يريد أن يخفى الصفقة عن الجمهور أو لأنه يخشى لو ظهر اسمه هو فى جلسة المزاد أن يتقدم مزايدون يزايدون عليه لعلمهم بحاجته إلى الصفقة فيدفعونه إلى تقديم عطاء أعلى- راجع دكتور/ عبد الرزاق السنهورى – الوسيط جـ٧ صــ٨٠٤.

وحينما يتعاقد الوكيل مع الغير فإنه يظهر أمامه على أنه يتعاقد لمصلحته الشخصية فى حين أن قصده انصرف إلى التعاقد لمصلحة الموكل، ومن ثم نكون بصدد اختلاف أو عدم تطابق بين معطيات التعبير والقصد بشأن الصفة في التعاقد، ومتى قام الوكيل المسخر بالتعاقد مع أحد الأغيار فمعنى ذلك أننا نكون بصدد عقدين أحدهما تم تكوينه بين الموكل والوكيل، وثانيهما تم إبرامه بين هذا الأخير والغير، وحيث أنه لا يقع على عاتق الوكيل المسخر التزام تعاقدي مفاده الإفصاح عن صفته الحقيقية فى التعاقد أثناء إقدامه على إبرام العقد مع الغير لأن دوره هو ستر وإخفاء شخص الأصيل، وأن هذا الالتزام يقع على عاتق النائب في التعاقد بنظام النيابة في التعاقد والعلة التى تغياها المشرع من ذلك هو إتاحة الفرصة للغير المتعاقد مع النائب بأن يدبر أمره فى الإقدام على هذا التعاقد أو الإحجام عنه، وذلك فى ضوء الاعتبارات التى يعول عليها فى التعاقد، وكذلك لا يقع هذا الالتزام على عاتق الوصى عن القاصر والولى عن الصغير حيث لا يلتزم كل منهما بأن يعلن عن صفته الحقيقية فى التعاقد، حتى يستطيع الغير المتعاقد معه أن يمارس رخصة الخيار المقررة له ولتوضيح ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: الوصى عن القاصر.

الفرع الثانى: الولى عن الصغير.

الفرع الأول

الوصى عن القاصر

يتعدد المصدر الذى يستقى منه النائب مكنته المشروعة فى إبرام تصرف يعبر فيه عن إرادته هو وانصراف آثار هذا التصرف إلى الأصيل، وعلى ذلك قد يكون مصدر النيابة القانون مباشرة مثل نيابة الوصى عن القاصر، حيث يقرر القانون حماية خاصة للقاصر الذى لم يبلغ بعد سن الرشد والذى يكون ذلك سبباً فى جعله عاجزاً عن القيام بشئونه بنفسه، وعن بلوغ غايته الاجتماعية والاقتصادية إذ تكون وسيلته إلى تحقيق ذلك – وهى الإرادة – مفقودة أو منقوصة، فلهذا كله يتولى القانون تعيين الشخص الذى يتولى شئونه نيابة عنه، بأن يجعل إرادته وسيلة لتحقيق غايات تقع فى ذمة القاصر الذى ينوب عنه بصفته وصياً، والوصى هو شخص يتمتع بالأهلية القانونية وهى اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات وبالتالى فهو بالغ رشيد عاقل، ويتولى القضاء تعيين الوصى وذلك لرعاية شئون ومصالح القاصر الذى لم يبلغ سن الرشد والذى يحتاج إلى من يرعى شئونه ويبرم التصرفات القانونية نيابة عنه، إلا أن يكبر ويبلغ سن الرشد وفى هذه الحالة يكون من حقه تسلم أمواله للتصرف فيها وإبرام التصرفات القانونية، ولكن إلى إن يصل إلى سن الرشد فإنه يكون فى حاجة الوصى لإبرام التصرفات القانونية نيابة عنه.

إذا التعاقد بطريق الوصاية هو عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين ويسمى الوصى بأن يبرم تصرفاً قانونياً مع أحد الأغيار باسمه الشخصى ولكن لحساب الطرف الآخر وهو القاصر، وعلى ذلك يلزم القانون الوصى على الصغير سواء كان أمّا أو أخاً أو عمّا أو خالاً أو غيره بأن يقوم بإبرام أى تصرف قانونى مع الغير باسمه هو الشخصى ولكن لحساب القاصر، بحيث يبدو الوصى أمام الغير على أنه الطرف الأصلى والمتعاقد الحقيقى فى حين أنه ليس كذلك حقيقة، فإراده القانون هى التى حلت محل إرادة القاصر فى العقد المبرم حكماً بين الوصى والقاصر، وعلى ذلك طبقاً للعقد المبرم بينهما فإن الوصى يلتزم بأن يبرم التصرف القانونى المطلوب لمصلحة القاصر مع الغير باسمه الشخصى نظراً لعدم توافر الأهلية القانونية للقاصر، والذى يلتزم بعد ذلك بنقل آثار هذا التصرف إلى ذمة القاصر بعد أن يبلغ السن القانونية التى تمكنه من تلقى هذه الحقوق أو التحمل

بالالتزامات، فالوصى تنتقل إلى ذمته آثار الرابطة العقدية التى أبرمها لمصلحة القاصر ولكنها لا تستقر بها بصفة نهائية، لأنه يتلقاها بصفة أمانة حتى يبلغ القاصر السن القانونية التى تمكنه من التصرف فى أمواله، وبذلك فليس من حقه التصرف فى هذه الحقوق بأى وجه من أوجه التصرف وإلا سئل عن التصرف فى ملك الغير كما أنه إذ بددها أو رفض ردها إلى الوصى سئل عن جريمة تبديد طبقاً للمادة ٣٤١ عقوبات أو خيانة الأمانة طبقاً للمادة ٣٣٦ عقوبات. ولا يقع على عاتق الوصى التزام تعاقدى وهو ضرورة الإعلان عن صفته الحقيقية فى التعاقد عند إقدامه على إبرام رابطة عقدية مع الغير المتعاقد معه، والعلة التى ابتغاها المشرع من وراء ذلك هو أتاحة الفرصة للغير المتعاقد مع النائب أن يمارس رخصة قبول أو رفض التعاقد فى ضوء الاعتبارات التى يعول عليها وذلك إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد المنبثق من مبدأ سلطان الإرادة، فإما أن يقدم على التعاقد أو يحجم عنه بناء على الصفة فى التعاقد المستخلصة من معطيات التعبير الصادرة منه، فقد يرفض المتعاقد التعاقد مع القاصر ويبدى رغبته فى التعاقد مع الوصى والعكس صحيح وعلى سبيل المثال قد يرى الغير المتعاقد مع الوصى أن الأخير يتمتع بالأهلية القانونية الكاملة وأنه ملئ ويستطيع الوفاء بالتزاماته التعاقدية، وأنه لن يتحقق له ذلك إذا ما تعاقد مع القاصر، وقد يرى عكس ذلك بأن القاصر يتمتع بمركز مالى جيد وأنه يستطيع بذلك الحصول على كامل حقوقه منه وأن سمعته فى الوفاء بالتزامه تشجع على التعامل معه.

فقد يعين القضاء الوصى على القاصر والذى تكون له أموال لا يستطيع التصرف فيها بنفسه، ويتحقق ذلك عندما يتوفى والد القاصر وهو لم يبلغ سن الرشد بعد وتكون له أموال وبالتالى لا يملك التصرف بأى وجه من أوجه التصرف فى هذه الأموال لعدم تمتعه بالأهلية القانونية، فيتولى القضاء عندئذ تعيين والده القاصر أو عمه أو جده وصياً عليه لتصريف شئونه والتصرف فى أمواله بجميع أنواع التصرفات القانونية وذلك كله تحت رقابة القضاء، الذى يلزم الوصى بأن يقدم كشوفاً بحسابات القاصر كل فترة حتى يستطيع الوقوف على حقيقة التصرفات القانونية التى يبرمها الوصى مع الغير لحساب القاصر. من ذلك مثلاً أن تقوم الأم بصفتها وصية على ابنها القاصر بشراء قطعة أرض لصالحة من الغير، ففى هذه

الحالة لا يقع على عاتقها التزام تعاقدى بأن تعلن للغير المتعاقد معها عـن حقيقـة صفتها فى التعاقد وأنها تتعاقد بصفتها نائبة، وفى هذه الحالة يكون للبائع أن يـدبر أمره فى ضوء هذه الصفة المعلنة ويقدم على التعاقد أو يرفض ذلك إعمـالاً لمبـدأ حرية التعاقد المنبثق من مبدأ سلطان الإرادة، فقد يرفض التعاقد عندما يعلم بأن الأم تتعاقد بصفتها نائبة عن الابن القاصر لأنه يرى بأنه سوف يعانى فى سبيل الحصول على حقه أو أنه لا يرغب فى تكوين رابطة تعاقدية مع قاصر، وقد يقبل التعاقد مع الأم بصفتها أصيلة عن نفسها لاعتبارات معينة يراها محققة لمصلحته منها سـهولة حصوله على حقوقه دون معاناه وأنها مليئة من الناحية المالية أو أنها تتمتع بالأهلية القانونية.

وكما سبق القول فإن الحقوق المتولدة عن العلاقة التعاقديـة التـى أبرمهـا الوصى تتصرف فى ذمة الأخير باعتباره طرفاً فى العلاقة التعاقديـة، ولكنهـا لا تستقر بها بصفة دائمة بل تتصرف فيها بصفة مؤقتة إلى حين نقلها إلى ذمة القاصر بعد بلوغة سن الرشد وهى السن التى يستطيع فيها التصرف فى جميع أمواله بـأى وجه من أوجه التصرف، وبذلك لا يستطيع الوصى التصرف فى الحقوق المتولـدة عن العلاقة التعاقدية بأى وجه من أوجه التصرف لأن يده عليها يد أمين وليست يد مالك وعلى ذلك إذا تصرف فيها بأى شكل من أشكال التصرف سئل عن التصرف فى ملك الغير، وإذا بددها سئل عن جريمة تبديد طبقاً للمـادة ٣٤١ عقوبـات، وإذا رفض ردها سئل عن جريمة خيانة الأمانة طبقاً للمادة ٣٣٦ عقوبات.

ولما كانت نيابة الوصى عن القاصر نيابة قضائية كما سبق البيان، لذلك فلا يجوز له أن يتجاوز حدود نيابته المرسومة وإلا فلا تتصرف آثار التصرفات فـى ذمة القاصر، فالوصى فى التصرفات التى يبرمها لحساب القاصر يجب أن تكـون داخلة فى نطاق نيابته ولا تتعداها، وفى هذا المعنى قضت محكمة النقض فى أحـد الطعون المطروح أمامها[1] بأن «نيابة الوصى عن القاصر نيابة قانونيـة تجـاوز الوصى حدود نيابته. أثره عدم انصراف أثر التصرف إلى القاصر.....».

١) راجع فى ذلك: نقض مدنى الطعن رقـم ١٦٤٤ لـسنة ٦١ ق - جلـسة ١٩٩٥/٣/٢٢م، جلـسة ١٩٨٢/٥/١٣م - مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٣ صـ٥١٧ منشور فى مجلة القـضاة الـسنة الثامنة والعشرين العدد الأول والثانى يناير/ديسمبر ١٩٩٦م صـ٥٧٣.

الفرع الثانى

الولى عن الصغير

الولاية هى نوع من أنواع النيابة القانونية، ذلك أن القانون يعين للصغير سواء كان غير مميز أو مميز ولياً لإبرام التصرفات القانونية نيابة عنه، لأنه لا يستطيع فى هذه السن أن يدرك وأن يميز بين ما هو نافع وما هو ضار ومن أجل ذلك يعين القانون ولياً له بحيث تكون إرادة هذا الأخير وسيلة لتحقيق غايات سواء كانت اجتماعية أو اقتصادية تقع فى ذمة الصغير، ونيابة الولى لا تقتصر على مرحلة إبرام العقد المطلوب إبرامه مع الغير ولكنها تشمل مرحلة تنفيذ العقد مع الأغيار لمصلحة الخاضع للولاية.

والولاية هى إقامة الولى مقام الصغير فى إبرام تصرف قانونى معين مع الغير، مثل ولاية الأب أو الجد عن الصغير حيث يتولى الأب أو الجد نيابة عن ابنه الصغير أو ابن ابنه إذا كان جداً إبرام جميع التصرفات والعلائق القانونية مع الغير لمصلحة الصغير، والولاية نوعان ولاية على النفس وولاية على المال والذى يهمنا فى هذا الصدد هى الولاية على المال والتى من أجلها يقوم الولى بإبرام كافة التصرفات القانونية مع الغير لحساب الخاضع للولاية.

وفى الولاية عن الصغير يفترض أن يكون القانون قد حل محل إرادة الخاضع للولاية، وبناء على ذلك يكون هناك اتفاق بين الصغير والولى على أن يقوم الأخير بإبرام تصرف قانوني لحساب الصغير، وفى هذه الحالة يجب على الولى أن يلتزم الحدود المرسومة لولايته فإذا ما تصرف خارج هذه الحدود كانت هذه التصرفات غير نافذة فى حق الصغير.

والولى بصفته نائباً قانونياً عن الصغير لا يقع عليه التزام تعاقدى مفاده أن يقوم بالإفصاح عن صفته الحقيقية فى التعاقد مع الأغيار كما هو شأن النائب، وذلك حتى يستطيع المتعاقد معه أن يستعمل الرخصة المقررة له قانوناً وهى قبول أو رفض التعاقد فى ضوء الصفة فى التعاقد المستخلصة من معطيات التعبير الصادرة عن الولى وذلك إعمالاً لمدأ حرية التعاقد المنبثق من مبدأ سلطان الإرادة، وعندئذ يكون للمتعاقد مع الولى مطلق الحرية فى أن يتعاقد أو لا يتعاقد وذلك فى ضوء

الاعتبارات التي يعول عليها سواء كانت شخصية[١] أو اجتماعية[٢] أو أخلاقية[٣] أو دينية[٤] أو تتعلق بمركزه المالي[٥] والسمعة في الوفاء بالالتزامات[٦] أو أن تكون مستمدة من فكرة الجنسية[٧] أو ناتجه عن آثار العمليات الحربية[٨] والتي قد تكون سبباً يحول دون اتمام الروابط العقدية، فقد لا يرغب المتعاقد مع الولي أن يتعاقد مع هذا الأخير بصفته الشخصية وذلك لأسباب واعتبارات يراها محققة لمصلحته، وعلى العكس من ذلك قد لا يرغب الغير المتعاقد التعاقد مع الولي بصفته نائباً عن الصغير وذلك لاعتقاده بأن المركز المالي والوضع المالي للصغير لا يسمح له بالوفاء بالتزاماته لأنه ليس على ما يرام. مثال ذلك أن يرغب الولي عن الصغيرفي أن يشتري عقاراً للصغير من أحد الأغيار، في هذه الحالة من مصلحة البائع أن يعرف من هو الطرف الحقيقي في التعاقد ومن ثم من الذي سوف تتأثر ذمته المالية بآثار العقد المزمع إبرامه وذلك حتى يستطيع أن يدبر أمره ويعقد العزم والنية على إبرام الرابطة العقدية، ولا يتحقق ذلك إلا إذا أعلن الولي عن حقيقة صفته في التعاقد وهل يتعاقد لمصلحته الشخصية أم يتعاقد بصفته نائباً عن شخص محدد، وعندئذ تكون الصورة قد وضحت والحقيقة قد اتضحت معالمها أمام الغير المتعاقد، فإما أن يبرم عقد البيع مع الولي بصفته متعاقداً لمصلحته الشخصية أو يتعاقد معه بصفته نائباً عن الصغير وذلك إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد المنبثق من مبدأ سلطان الإرادة، ولا يلتزم الولي بالإعلان عن صفته إلا إذا اهمل أو تعمد الإعلان عن هذه الصفة.

---

١) كما لو كانت هناك خلافات شخصية تحول دون إبرام الرابطة العقدية مثل وجود قضايا متداولة في المحاكم بينهما أو وجود عمليات ثأرية ناتجة عن خلافات عائلية.

٢) وخير مثال لذلك العمليات الثأرية التي تدور رحاها في محافظات الصعيد والناتجة عن موروث اجتماعي بين الأسر في صعيد مصر.

٣) كما لو كان المستأجر اعزباً ويبغي إقامة علاقة إيجارية مع المؤجر الذي يشترط أن يكون سكان منزله متزوجون جميعاً.

٤) ويتحقق ذلك إذا أرادت جمعية دينية إسلامية بناء مسجداً والتعاقد مع مدرس مواد دينية فلا يعقل أن تتعاقد مع غير مسلم.

٥) كما لو كان مركزه المالي في وضع سئ لا يسمح له بالوفاء بالتزاماته.

٦) كالمماطلة والتسويف في الوفاء بالالتزامات.

٧) مثال ذلك أن ترفض الشركات التي تتعامل بنظام التقسيط مع أجانب وذلك حتى لا تعاني في الحصول على حقوقها.

٨) ويتحقق ذلك عندما تشب حرب بين دولتين فترفض الشركات التابعة لأحدى الدولتين التعامل مع الشركات التابعة للدول التي كانت تساند الدولة الأخرى المتحاربة معها.

والولي يكون ملزماً بأن يبرم التصرف القانوني لحساب الخاضع للولاية ولا تنتهي نيابته عن الأخير بمجرد إبرام التصرف القانوني ولكن تمتد لتشمل مرحلة التنفيذ، وطالما أن الولي يبرم التصرفات القانونية لحساب الصغير فإنه يتلقى الآثار المترتبة على هذا التصرف ويحتفظ بها لدية على سبيل الأمانة فإن تصرف فيها بأى وجه من أوجه التصرفات سئل عن التصرف فى ملك الغير، وإن بددها فإنه يسئل عن جريمة تبديد إعمالاً للمادة ٣٤١ عقوبات وإن رفض ردها سئل عن جريمة خيانة الأمانة إعمالاً لأحكام المادة ٣٣٦ عقوبات.

والولاية عن الصغير شرعت من الله تعالى بقوله فى محكم التنزيل: ﴿...فَإن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لاَ يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ....﴾(١).

ونيابة الولي أبًا كان أم جداً عن الصغير هى نيابة قانونية من حيث الشكل نظراً لأن القانون هو الذى يحدد نطاقها ومدى سلطة النائب فى تمثيل الصغير، ولكنها وكالة مفترضة من حيث الموضوع بين الولي والصغير وكل الأخير الأول فى إبرام تصرف قانونى نيابة عنه، وبذلك يمكن القول بأن هناك اتفاق بين الولي والصغير على قيام هذه الوكالة أساسه حرص الأب أو الجد على رعاية مصلحة الصغير والحفاظ عليها وأنه انطلاقاً من هذا الاتفاق الضمنى يتصرف الولي عن الصغير فى إبرام العلاقة التعاقدية مع الغير لحساب الصغير.

ويجب على الولي أن يلتزم بالنيابة من حيث نطاقها ومداها فإذا ما تجاوز هذا النطاق أو ذاك المدى فلا تتصرف فى ذمة الصغير، ويعتبر التصرف الخارج على حدود النيابة من أعمال الفضالة، وبذلك تكون هذه التصرفات غير نافذه فى حق الصغير إلا إذا أجازها فإذا لم يتحقق ذلك كانت هذه التصرفات من أعمال الفضالة. وتعتبر النيابة الناشئة عن الفضالة فى شق منها نيابة قانونية، فإذا قصد شخص القيام بشأن عاجل ومفيد لحساب شخص آخر وتوافرت بذلك شروط الفضالة، فإن القانون يمنح الفضولي صفة النائب، ويوجب على صاحب الشأن تنفيذ الالتزامات التى انشأها الفضولي باسمه، فتستند نيابة الفضولي بذلك إلى نص القانون على الرغم من أن قيام الفضولي بالعمل لصالح الغير يرجع إلى إرادته،

---

١) سورة البقرة الآية ٢٨٢.

غير أنها لا تكون نيابة قانونية بحته، إذ بالفرض أنها بدأت بعمل اختيـاري إرادى من الفضولي، لذلك يمكن القول أنها نيابة إرادية قانونية تبدأ بعمـل يـتم بـالإرادة المنفردة للفضولي، وعندئذ لا تكون نيابة اتفاقية ولا قانونية ولا قـضائية، ولكنهـا تنتهي – عند إقرار القانون لها – بكونها نيابة قانونية[١].

وعلى ذلك يمكن تعريف الولاية عن الصغير بأنها عقد بمقتضاه يلتزم أحـد طرفيه ويسمى الولى بأن يبرم تصرفاً قانونياً باسمه الشخصي مع الأغيـار ولكـن لحساب الطرف الآخر ويسمى الخاضع للولاية. وكما سبق القول فإن تعاقد الـولى عن الصغير يكون مرده الاتفاق الضمني بينهما على أن يقوم الولى بإبرام التصرف القانوني المطلوب لمصلحة الصغير، وهذا الاتفاق يستمد وجوده ومشروعيته مـن حرص كل أب أو جد على رعاية والحفاظ على مصالح صغيرة التى حرص عليها اللّه تعالى فى كتابه الكريم وأولاها القانون رعايته واهتمامه.

ولا يجوز للولى أن يتعاقد مع نفسه عن الصغير والعلة فى ذلك خـشية أن يرجح مصلحته على مصلحة الصغير، ويتحقق ذلك إذا اجتمعت صـفتى الأصـيل والنائب فى شخص واحد بأن يبرم العقد بصفته أصيلاً عن نفسه ونائباً عن غيـره، كما إذا وهب الأب بصفته الشخصية مالاً له لأحد ابنائه، ثم قبل هذا المال الموهوب بصفته ولياً عن هذا الابن، ويتحقق ذلك أيضاً إذا اجتمعت صفة النائب فى شـخص عن أصيلين أى أن يكون نائباً عن شخصين فى إبرام التصرف القانوني المطلوب، كما لو باع الأب مالاً لأحد ابنائه إلى ابنه الآخر بصفته ولياً عن الاثنين القصر.

وإذا كان إعمال نظرية النيابة فى التعاقد يجيز فى حد ذاته التعاقد مع النفس، إلا أن ملابسات هذا النوع من التعاقد قد تدعو فى بعض الأحوال إلى الإرتياب فيه، إذ أنه من المحتمل أن يؤثر المتعاقد مع نفسه مصلحته الشخصية على مصلحة مـن ينوب عنه، أو أن يغلب مصلحة أحد ممن ينوب عنهما على حساب الآخر من أجل ذلك نجد أن الشرائع المختلفة لا تقر التعاقد مع النفس فـى عمومـة وشـموله وإن تغايرت الوسيلة المؤدية إلى ذلك، فمنها من أجازه كقاعدة عامة وحرمه فى بعـض الحالات على سبيل الاستثناء كالقانون الفرنسي والقانون المصرى القديم، ومنها من حرمة كقاعدة عامة وأجازة فى بعض الحالات على سـبيل الاسـتثناء، كالـشريعة

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل – المرجع السابق هامش ٢ صـ١٣٦، ١٣٧.

الإسلامية والقانون الانجليزى والقانون الألمانى والقانون المدنى المصرى الحالى (المادة ١٠٨ مدنى)[1] والقانون المدنى الليبي.

وكما سبق البيان لا يكفى أن يكون الولى معبراً عن إرادته فى حدود نيابته، بل يتعين أيضاً أن يكون تعامله مع الغير المتعاقد معه لحساب الصغير أى بصفته نائباً أو لمصلحته الشخصية باعتباره أصيلاً عن نفسه، ولا يكفى أن يضمر الولى هذا الأمر فى نفسه، بل يجب عليه أن لا يعلن للغير المتعاقد معه وقت التعاقد بأنه يتعاقد بصفته نائباً أو بصفته أصيلاً عن نفسه، غير أنه قد يعلم الغير المتعاقد معه بصفته الحقيقية فى التعاقد من خلال الظروف والملابسات التى أحاطت عملية إبرام العقد والتى يستطيع من خلالها الوقوف على حقيقة صفته فى التعاقد وهذا هو العلم الافتراضى وهذا كله من أجل إتاحة الفرصة للغير المتعاقد مع الولى أن يدبر أمره ويعقد العزم بعد ذلك على الإقدام على إبرام الرابطة العقدية وهو عالم بالشخص الذى سوف تتصرف فى ذمته المالية آثار العقد، ويكون له الخيار عندئذ فإما أن يقدم على التعاقد أو يحجم عنه وفق ما تقتضيه مصلحته الشخصية.

---

١) تنص المادة ١٠٨ مدنى على أنه «لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل، على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد. كل هذا مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة».

المبحث الثانى
تمييز الوكالة بالتسخير عما يشتبه بها

عرض وتقسيم:

الوكالة بالتسخير كنظام قانونى له كيانه ووجوده يتمثل فى أنه عقد بمقتضاه يلتزم أحد طرفيه ويسمى الوكيل المسخر بأن يبرم تصرفاً قانونياً مع الأغيار باسمه الشخصى على أن تنصرف ثمار هذا التصرف الذى أبرمه من حقوق والتزامات إلى ذمة الطرف الآخر ويسمى الأصيل[1].

والواقع أن ثمار العقد الذى يبرمه الوكيل المسخر يتسلمها أولاً ثم يتولى بدوره نقلها إلى ذمة الأصيل بموجب عقد الوكالة الذى يفرض عليه هذا الالتزام، واتفاق التسخير يعتبر مشروعاً طالما أنه يستخدم فى أعمال مشروعة. فقد يرى الموكل أن مصلحته الشخصية تقتضى عدم إظهار صفته العقدية أمام الأغيار فيشترط فى عقد الوكالة العادية أن يتعامل الوكيل المسخر مع الغير باسمه الشخصى، وفى هذه الحالة تسمى الوكالة بعقد التسخير.

والوكيل المسخر يعنى كل من يسخر اسمه فى تصرف قانونى ما لشخص يرى أن مصلحته تقتضى عدم إظهار اسمه الحقيقى فى التعاقد وتسمى العلاقة القائمة بين كل الموكل والوكيل المسخر بعقد التسخير.

ومن المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن عقد التسخير يتم تكييفه على أنه عقد وكالة يكون الاسم السمخر فيه وكيلاً عمن أعاره ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من حيث أن وكالته مستترة بحيث تبدو فى الظاهر وكأنه صاحب المصلحة والطرف الحقيقى فى التعاقد مع أن الواقع غير ذلك، فصاحب المصلحة والمستفيد من التعاقد هو الموكل المسخر وليس الوكيل المسخر أما غيره من الوكلاء فوكالته ظاهرة أو مكشوفة المصلحة فيها للموكل فى الظاهر والباطن ولذلك سمى الوكيل بالوكيل المسخر تمييزاً له عن الوكيل العادى.

---

١) راجع فى ذلك: صـ٣١.

لما كان الوكيل المسخر يتعامل مع الغير باسمه الشخصى لا باسم الموكل ولكن لحساب هذا الأخير بمعنى أنه يبدو فى الظاهر أمام الغير وكأنه المتعاقد الأصلى، والمستفيد الحقيقى من التعاقد وأن ذمته المالية هى التى سوف تتأثر بثمار العقد فى حين أن المستفيد الحقيقى هو الموكل ويلتزم الوكيل المسخر بعدم الكشف عن شخصية هذا الأخير، تنفيذاً لعقد الوكالة المستترة الذى عقداه معاً، هذا الحكم قد يختلط – أو على الأقل يقرب – بين التعاقد بطريق التسخير وبعض الأفكار القانونية الأخرى مثل الوكالة بالعمولة والصورية من خلال استعارة الاسم.

وبذلك تتميز الوكالة بالتسخير كنظام قانونى له كيانه ووجوده عن الوكالة بالعمولة فى أن الوكالة بالتسخير قد تكون تبرعية وهو الغالب الأعم، وقد تكون بعوض أى بأجر، وهو أمر قليل الحدوث بالمقارنة بالأمر الأول فى حين نجد أن الوكالة بالعمولة تكون دائماً بأجر أو عمولة يتقاضاها الوكيل بالعمولة من الموكل لأنه تاجر محترف يحترف القيام بأعمال الوكالة بالعمولة، وتعد هذه الخاصية من أهم الخصائص التى تميز الوكالة بالتسخير عن الوكالة بالعمولة، كما أنه فى الوكالة بالتسخير يقع على عاتق الوكيل المسخر التزام تعاقدى مؤداه عدم الإعلان عن شخصية الأصيل للغير الذى يتعاقد معه طبقاً لأحكام عقد الوكالة المبرم بينهما لأن الغرض من عدم الإعلان أو الإفصاح عن شخصية الأصيل ليس مقصوداً لذاته وإنما من أجل إنتاج آثار قانونية معينة سواء فى علاقته مع المتعاقد مع الوكيل المسخر أو مع الأغيار وبالتالى فالوكيل المسخر ليس ملزماً بالكشف عن شخصية موكله أثناء تعاقده مع الغير، فى حين نجد فى الوكالة بالعمولة أن الوكيل بالعمولة تاجر محترف يمارس نشاطه على هذا الأساس، وبالتالى فقد يكشف عن شخصية الموكل وقد لا يحدث ذلك لأنه لا يقع على عاتقه التزام تعاقدى بعدم الكشف عن شخصية موكله ومن ثم فإن ستر اسم موكله أو كشفه للغير فإن ذلك لا يؤثر على الموكل لأن الوكيل بالعمولة معروف عنه أنه وكيل عن فلان مقابل عمولة أو أجر يتقاضاها منه. ومما يميز عقد الوكالة بالتسخير أنه غير قاصر على عملية واحدة بل من الممكن أن يشمل عدة عمليات مستمرة ويصبح الوكيل المسخر مستمراً وصاحبه ذا وظيفة دائمة فى هذا الأمر يختفى وراءه المتعاقد الحقيقى المستفيد من التعاقد.

أما فى الوكالة بالعمولة فإن الوكيل بالعمولة يكون وكيلاً عن الموكل فى عملية واحدة وإن كان لا يمنع ذلك من أن يكون وكيلاً عن أكثر من موكل واحد لأنه تاجر محترف كما سبق البيان، ومما يميز الوكالة بالتسخير أن عقد التسخير يكون عقداً مستتراً لأن الوكيل المسخر يتعامل مع الغير دون أن يكشف شخصية الشخص المختفى وراءه، فى حين أن عقد الوكالة بالعمولة عقد ظاهر ومكشوف وبالتالى يكون كل طرف معلوم للطرف الآخر كما يكونا معلومين للغير، كما أنه فى التعاقد بالوكالة بالتسخير تنشأ علاقة قانونية مباشرة بين المتعاقد مع الوكيل المسخر والأصيل متى كان هذا المتعاقد يعلم – حقيقة أو حكماً – بصفة الوكيل المسخر الحقيقية فى التعاقد، أو كان يستوى لديه التعامل مع هذا الأخير أو الأصيل، أو إذا أعلن الوكيل المسخر – صراحة أو ضمناً – عن صفته الحقيقية فى التعاقد، فى حين أن الوكالة بالعمولة لا تنشأ كقاعدة عامة علاقة مباشرة بين الموكل والغير المتعاقد مع الوكيل بالعمولة حتى لو علم هذا الغير اسم الموكل وحقيقة العلاقة، ولم تكن له مصلحة فى تحديد الشخص الذى تنصرف فى ذمته آثار العقد وذلك نظراً للطبيعة الخاصة للوكالة بالعمولة.

وأهم ما يميز الوكالة بالتسخير عن الصورية من خلال استعارة الاسم أن الوكيل المسخر عندما يتعاقد مع الغير فإنه يبدو كما لو كان يتعاقد لمصلحته الشخصية وأنه الطرف الحقيقى والأصيل فى التعاقد وأن ذمته المالية سوف تتأثر بثمار العقد، ومن ثم فإنه يشارك بإرادته فى إبرام العقد مع الأغيار، وبالتالى فإنه يكتسب صفة الطرف بالمفهوم الشكلى، فى حين أن الصورية من خلال استعارة الاسم تقتضى وجود اتفاق بين طرفى العقد على أن يستعير أحدهما اسم شخص من الأغيار، بحيث يظهر هذا الأخير أمام الناس على أنه الطرف الحقيقى فى العقد فى حين أنه ليس كذلك ومما لاشك فيه أن صاحب الاسم المستعار لا يكون له دور فعال وإيجابى فى إبرام العقد، فإرادته وإن كانت تبدو فى الظاهر أنها تساهم فى عملية التكوين إلا أن حقيقة الأمر خلاف ذلك لأن واقع الأمر أن إرادة مستعير الاسم هى التى تساهم فى عملية إبرام العقد ومن ثم فإن هذه الإرادة هى التى تكون محل اعتبار فيما يتعلق بعيوب التراضى وأثر العلم أو الجهل ببعض الظروف

الخاصة، وإذا كان صاحب الاسم المستعار يقوم بالتوقيع باسمه الشخصي على العقد، وقد يساهم في بعض الأحوال في نقل التعبير من مستعير الاسم إلى الغير الذي يشارك معه في تكوين العقد ومع ذلك فإنه لا يعدو أن يكون رسولاً أو ناقلاً للتعبير في هذه الحالة، ومن ثم فإنه لا يكتسب صفة الطرف بالمفهوم الشكلي لأن هذا المفهوم لا يستمد من واقعة التوقيع على العقد والتي لا تعدو أن تكون عملاً مادياً بحتاً، بل إنه يرتبط بالمشاركة الفعلية في واقعة تشييد العقد ونوضح ما يميز الوكالة بالتسخير عن الوكالة بالعمولة وما يميزها عن الصورية من خلال استعارة الاسم، وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: الوكالة بالتسخير والوكالة بالعمولة

المطلب الثاني: الوكالة بالتسخير والصورية من خلال استعارة الاسم

المطلب الأول
الوكالة بالتسخير والوكالة بالعمولة

عرض وتقسيم:

تتفق الوكالة بالتسخير مع الوكالة بالعمولة من ناحية الأثر الاقتصادى للعلاقة التعاقدية التى يشارك فيها كل منهما، ذلك لأن قصد الوكيل المسخر والوكيل بالعمولة قد إتجه منذ بداية التعاقد إلى انصراف الآثار المترتبة على العلاقة العقدية إلى ذمة الموكل، فكل من الوكيل المسخر والوكيل بالعمولة يتعاقدان مع الأغيار لحساب الموكل وبذلك فإن الموكل هو الذى يكتسب صفة الطرف بمعناه المادى أو الموضوعى(١)، لأنه هو الذى تنصرف فى ذمته المالية الآثار المترتبة على العلاقة العقدية، غير أن الوكيل المسخر والوكيل بالعمولة يكتسب كل منهما صفة الطرف بالمفهوم الشكلى فى هذا التعاقد تلك الصفة التى تستمد من عملية المشاركة الإيجابية والفعالة فى إبرام العقد وذلك عن طريق المساهمة بإرادته فى بناء العلاقة التعاقدية، ولكن يختلفان من ناحية الأثر القانونى فالوكيل المسخر باعتباره وكيلاً عن الموكل وإن وكالته نيابية فإن دوره يقتصر على المشاركة بإرادته فى إبرام العقد مع الأغيار على أن تنصرف آثار العقد فى ذمة الأصيل وبذلك يكون الوكيل المسخر طرفاً بالمفهوم الشكلى فى هذه العلاقة، فى حين أن النظام القانونى للوكالة بالعمولة يقتضى انصراف آثار العقد فى ذمة الوكيل والذى يلتزم بعد ذلك بنقلها إلى ذمة الموكل تنفيذاً للرابطة العقدية الموجودة بينهما(٢)، كما إن الوكالة بالتسخير تتفق مع الوكالة بالعمولة من ناحية أن الوكيل المسخر وكذا الوكيل بالعمولة يساهمان فى تكوين العقد بإرادتهما مع الأغيار، إضافة إلى أن صفتهما الحقيقية فى التعاقد قد تكون غير معلنه عند التعاقد مع الأغيار فالوكيل المسخر وكذا الوكيل بالعمولة قد

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الحى حجازى- النظرية العامة للالتزام جا، ١٩٦٢م صـ٦٠٢، ٦٠٣.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ حمد الله محمد حمد الله -الوكيل بالعمولة للنقل-دار النهضة العربية ١٩٩٢م صـ٦٣ ومابعدها، دكتور/ زكى الشعراوى - العقود التجارية فى القانون والفقه والقضاء المصرى-دار النهضة العربية ١٩٩٤م صـ٣٠، ٣١، ٣٢، ٣٣، دكتورة/ سميحة القليوبى - شرح العقود التجارية-الطبعة الثانية ١٩٩٢م دار النهضة العربية صـ٣٢، ٣٣، دكتور/ عبدالحميد الشواربى - القانون التجارى- العقود التجارية-منشأة دار المعارف بالإسكندرية(*) صـ٢٨ ومابعدها.

لايفصح عن صفته الحقيقية فى التعاقد وأنه يتعاقد بصفته نائباً عن الغير، وبالتالى يبدو كل منهما على أنه يتعاقد لمصلحته الشخصية وأنه الطرف الحقيقى فى التعاقد وأن ذمته المالية سوف تتأثر بثمار العقد الإيجابية منها أو السلبية، إلا أن الحقيقة على خلاف ذلك لأن آثار هذا التعاقد سوف ينصرف فى ذمة الموكل على اعتبار أن التعاقد قد تم منذ البداية لمصلحته هو وليس لمصلحة الوكيل المسخر أو الوكيل بالعمولة، وبذلك لا يقع على عاتق الوكيل المسخر التزام تعاقدى بالإفصاح عن صفته الحقيقية فى التعاقد، وكونه يتعاقد نيابة عن شخص محدد أو يتعاقد لمصلحته الشخصية، على عكس النائب والعلة من ذلك هى إتاحة الفرصة للغير الذى يبغى المشاركة معه فى إبرام العقد التعرف على الشخص الذى سيكون طرفاً معه فى هذا العقد أثناء إنتاجه لآثاره، وفى ضوء ذلك يكون له مطلق الحرية فى قبول أو رفض التعاقد إعمالاً لرخصة القبول أو الرفض استناداً إلى مبدأ حرية التعاقد المنبثق من مبدأ سلطان الإرادة، وعلى ذلك إذا لم يفصح الوكيل المسخر عن صفته الحقيقية – صراحة أو ضمناً – قبل التعاقد فإنه يفترض أنه متعاقداً لمصلحته الشخصية، تمشياً مع الوضع الغالب والأصل العام فى التعاقد والذى يقضى بأن آثار العقد تنصرف فى ذمة من شارك بإرادته فى إبرامه، وعلى العكس من ذلك بالنسبة للوكالة بالعمولة فالنظام القانونى للوكالة بالعمولة يقتضى انصراف آثار العقد فى ذمة الوكيل مباشرة والذى يلتزم بعد ذلك بنقلها إلى ذمة الموكل تنفيذاً للرابطة العقدية الموجودة بينهما، ومعنى ذلك أن آثار الرابطة العقدية التى يساهم فى إبرامها الوكيل بالعمولة لا تنصرف فى ذمة الموكل مباشرة، بل يجب أن تمر أولاً بذمة الوكيل ومن ثم فإن هذا الأخير يعتبر فى حكم المتعاقد لمصلحته الشخصية، وبالتالى فإنه لا يلتزم بالإفصاح عن صفته الحقيقية فى التعاقد وكونه يتعاقد لمصلحة الموكل وذلك لانتفاء العلة من ذلك، وهى كما سبق القول إتاحة الفرصة للغير لممارسة رخصة قبول أو رفض التعاقد وفق ما تقتضية مصلحته الشخصية، ذلك لأن الوكيل بالعمولة يبدو أمام الغير وكأنه يتعاقد لمصلحته الشخصية لأن آثار هذا التعاقد سوف تمر بذمته المالية مباشرة، فضلاً عن أن المتعاقد معه يستوى لديه التعاقد مع الوكيل بالعمولة أو الموكل وبالتالى فإن هذا الأمر لا يعول عليه نظراً لأن هدفه هو اتمام الصفقة.

وبناء عليه فإن عدم إعلان الوكيل بالعمولة - صراحة أو ضمناً - عن صفته الحقيقية في التعاقد مع الغير فإنه يعتبر اختلافاً بين معطيات التعبير ومحتوى القصد إذا ما تم النظر إليه من ناحية الأثر القانوني، لأن قصد الوكيل بالعمولة قد انصرف إلى تأثر ذمته المالية سواء الإيجابية منها أو السلبية بآثار العقد وذلك من خلال تخويل المتعاقد معه الحق في الرجوع عليه ومطالبته بتنفيذ الإلتزامات الناشئة عن العقد، وهذا يتطابق مع المعنى المستفاد من تعبيره - الصريح أو الضمني - الذي لم يتضمن معطيات توضح حقيقة صفته في التعاقد وكونه يتعاقد لمصلحة الموكل، لأن صدور هذا التعبير على هذا الوصف يفسر طبقاً للأصل العام على أنه يتعاقد لمصلحته الشخصية[1]، وتختلف فلسفة الوكالة بالعمولة عن فلسفة الوكالة بالتسخير ذلك أن فلسفة الوكالة بالعمولة تقوم على أساس أن يتعاقد الوكيل بالعمولة مع الأغيار كما لو كان يتعاقد لمصلحته الشخصية وأن آثار العلاقة التعاقدية تنصرف مباشرة في ذمته المالية الإيجابية منها أو السلبية، وإن كان يلتزم بعد ذلك بنقلها إلى الموكل تنفيذاً للرابطة العقدية الموجودة بينهما، في حين أن فلسفة الوكالة بالتسخير تقوم على أساس أن الوكيل المسخر يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي كما لو كان يتعاقد لنفسه وأن ثمار هذه الرابطة العقدية يتسلمها الوكيل المسخر وأن يده عليها يد أمين لأنها تنصرف في ذمة الأصيل على اعتبار أن التعاقد قد تم لمصلحته منذ البداية، وهو ما دفع المشرع المصري إلى عدم معالجة الوكالة بالعمولة من خلال نصوص تتضمن أحكاماً عامة ولكنه أفرد لها أحكاماً خاصة في القانون التجاري على اعتبار أن الوكالة بالعمولة ليست وكالة نيابية، ونوضح في هذا المطلب مفهوم الوكالة بالعمولة وأوجه التشابه والتباين بين الوكالة بالتسخير والوكالة بالعمولة، وذلك خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: مفهوم الوكالة بالعمولة

الفرع الثاني: أوجه التشابه والتباين بين الوكالة بالتسخير والوكالة بالعمولة.

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد - ضوابط وحدود المظهر الجديد للرابطة العقدية في القانون المدني الكويتي - بحث منشور في مجلة المحامي الكويتية - السنة ١٩ عدد يناير وفبراير ومارس ١٩٩٦م صـ٥٧.

الفرع الأول
مفهوم الوكالة بالعمولة

عرض وتقسيم:

يعتبر عقد الوكالة بالعمولة من العقود التجارية الأصلية لأنه يمثل ضرباً خاصاً بالحياة التجارية من ضروب تمثيل مصالح الغير فقد نشأت الحاجة فى التجارة إلى إسناد العملية التى يريد التاجر القيام بها إلى شخص آخر يعقدها باسمه الشخصى، ويسأل عنها أمام الغير على أن تنصرف آثارها إلى الموكل ورغم قيام هذه الحاجة إلى التعاقد من وراء شخص آخر من وقت بعيد فإن الوكالة بالعمولة لم تتبلور وتتضح معالمها كنظام قانونى مستقل إلا منذ صدور تقنين التجارة الفرنسى ومازال الغموض يهيمن على أصلها التاريخى(١).

ولقد عاشت الوكالة بالعمولة منذ التقنين الفرنسى فى المحيط التجارى بين ازدهار واضمحلال وطورتها الحياة التجارية تطويراً رئيسياً متواصلاً، فبعد أن كانت وقت صدور التقنين تلعب دوراً رئيسياً فى التجارة حتى وُصفت بأنها من الدعائم الأساسية للتجارة وأخذت أهميتها فى الضعف شيئاً فشيئاً فقد أدت ظاهرة التركيز إلى نشوء مؤسسات تجارية كبرى لا تحتاج إلى خدمات الوكلاء بالعمولة بل تعتمد على نفسها وعلى قوتها الاقتصادية فى شراء ما يلزمها من مواد أولية، وفى تصريف منتجاتها على ممثليها التجاريين المنتشرين فى كل مكان خارج إقليم الدولة، كما أن تنظيم النشاط الاقتصادى تنظيماً قانونياً آمراً وهو ما يعرف بالاقتصاد الموجه وما أدى إليه من تحديد الأسعار قد أضعف كثيراً من مهارة الوكيل بالعمولة فى التعاقد بأفضل الشروط(٢).

ومع ذلك فإن الوكالة بالعمولة مازالت تحتفظ بأهميتها الكبرى بالنسبة لصغار المتعاملين إذ يستطيعون بفضل تجميع عملياتهم الصغيرة بين يدى الوكيل بالعمولة والتعامل مع المنتج رأساً للحصول على ما يحتاجونه بسعر منخفض –

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ أكثم الخولى- المرجع السابق صـ١٨١.
٢) راجع فى ذلك: دكتور/ أكثم الخولى- المرجع السابق صـ١٨١.

حتى مع احتساب عمولة الوكيل بالعمولة - يقل عن سعر الشراء من تاجر الجملة، ومازالت للوكالة بالعمولة أهميتها فى نطاق التجارة الدولية، ويلجأ التاجر عادة إلى فئة معينة من الأشخاص يعرفون باسم الوكلاء بالعمولة يعملـون علـى تـصريف بضائعه عن طريق القيام بدور الوساطة بينه وبين موردى البضائع ومنتجيهـا، ولا تقصر هذه الفئة نشاطها على تاجر معين بل يمتد إلى عدة تجار دون أن يرتبط مع أحدهم بعقد عمل، فالوكلاء بالعمولة عندما يتلقون توكيلاً من تـاجر فـى مباشـرة تصرف معين لا يرتبطون معه بعلاقة تبعية بل يباشرون هذا العمـل علـى وجـه الاستقلال، وتتميز وساطة فئة الوكلاء بالعمولة بأنها وساطة قائمة على فكرة النيابة فى التعاقد حيث يعمل الوكيل بالعمولة لحساب موكله وليس لحسابه الشخصى.

ولقد عُرفت الوكالة بالعمولة منذ زمن بعيد نظراً لأهميتها الكبيرة فى الحياة التجارية وأدت دورها الأكبر فى بداية ظهورها حيث كانت المـسافة بـين الـبلاد والمناطق المختلفة كبيرة بسبب وسائل النقل المتواضعة مما كان من شأنه صـعوبة الاتصال بين المنتجين والمستهلكين فى مختلف البلاد، ولا تـزال أهميـة الوكالـة بالعمولة قائمة خاصة فى مجال التجارة الدولية رغم تقدم المواصـلات وسـرعتها وسهولة الاتصال بين مختلف دول العالم، بل ورغم اعتماد المشروعات الكبيرة على ما تنشئه من فروع لها فى مختلف عواصم الدول وظهور طائفة الممثلين التجاريين الذين يعملون باسم الشركات والمصانع الكبرى ونيابة عنها، وذلك لكثرة فوائدها من الناحية العملية. فبالنسبة للموكل تسهل له إبرام الصفقات سواء بـالبيع أو بالـشراء خارج منطقته، وتؤكد له الحصول على حقوقه من العملاء خاصة إذا كانت الوكالة بالعمولة مصحوبة بشرط الضمان كما أنها تحقق السرية للموكل إذا ما أراد إخفـاء اسمه أو نشاطه التجارى خشية المنافسة أو أى سبب آخر، ويفيـد غالبـاً الموكـل التاجر من ائتمان الوكيل بالعمولة الذى يكون فى معظم الأحوال شخصاً مليئاً يـدفع قيمة البضائع المكلف ببيعها دون انتظار لإتمام صفقات البيـع أو يـسمح لموكلـه بسحب كمبيالات عليه فى حدود قيمة البضائع أو يقوم بدفع قيمة البضائع المـشتراه وتسليمها للموكل على أن يتم تسوية الدفع بعد ذلك معتمداً على ما له من امتيـازات خاصة، كما تظهر أهمية الوكالة بالعمولة إذا كان الموكل أحد المـصانع المنتجـة

لبضاعة ما فيستفيد هذا الأخير بخبرة الوكيل بالعمولة فـي معرفـة الأسـواق ذات الطلب على هذه السلع وأماكن توزيعها واختيار أنسب الأوقات لتخزينها وتصريفها بأنسب الأسعار مما يمكن الموكل من تركيز جهوده نحو الإنتاج وتنظيم المـشروع دون مجالات للتوزيع[1].

وتمثل الوكالة بالعمولة فى ذات الوقت أهمية عمليـة لجهـود المتعـاملين، فمصلحة هؤلاء هى فى التعاقد مع أشخاص يقيمون داخل إقليمهم ويتمتعون بثقـتهم والاطمئنان إليهم فى معاملاتهم بدلاً من التعاقد مع أجانب يقيمون خـارج الـبلاد، وذلك بقصد الاتصال السريع المباشر مع شخص الوكيل بالعمولة كمسئول عن تنفيذ العقد وضمان العيوب التى قد تظهر بالسلع محل التعامل، وأخيراً فإنه ما من شـك فى فائدة الوكالة بالعمولة للوكيل ذاته سواء كان فرداً أو شركة بما يحققه من أرباح طائلة نتيجة وساطته فى إبرام الصفقات خاصة إذا ما تمتع الوكيل باحتكار التوزيع، وتعتبر الوكالة بالعمولة من العقود التجارية التى يتناولها المشرع عادة بالتنظيم فى المجموعة التجارية وينظم المشرع المصرى بعض أحكام هذه الوكالة فى المواد من ١٤٨-١٧٦ من قانون التجارة.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا الفرع سبعة غصون:

الغصن الأول: ما هية عقد الوكالة بالعمولة وخصائصه.

الغصن الثانى: الوكالة العادية والوكالة بالعمولة.

الغصن الثالث: موقف الفقه والقضاء بشأن معيار التمييـز بـين الوكالـة العادية والوكالة بالعمولة.

الغصن الرابع: رأى الباحث فى هذه المسألة.

الغصن الخامس: آثار الوكالة بالعمولة.

الغصن السادس: الضمانات المقررة لطرفى عقد الوكالة بالعمولة.

الغصن السابع: حكم تصرفات الوكيل بالعمولة.

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ أكثم الخولى- المرجع السابق صـ١٨٢.

الغصن الأول

ماهية عقد الوكالة بالعمولة وخصائصه

الوكالة بالعمولة[1] عقد يلتزم بموجبه الوكيل بالعمولة أن يقوم باسمه بتصرف قانوني لحساب الموكل في مقابل أجر. فالوكيل بالعمولة شخص يباشر التصرفات القانونية باسمه الشخصي لحساب شخص آخر يسمى الموكل بمقتضى عقد الوكالة بالعمولة.

والوكيل بالعمولة يتخصص عادة في الوساطة في نوع أو أكثر من الأعمال كالتخصص في الشراء أو البيع لسلع معينة أو للنقل بوسيلة معينة، وكلمة عمولة تعني المقابل الذي يتقاضاه الوكيل بالعمولة نظير أدائه مهمته ومنها استمد هذا العقد اسمه.

وتنص المادة ٨١ من التقنين التجاري الملغى على تعريف الوكيل بالعمولة بأنه «هو الذي يعمل عملاً باسم نفسه أو باسم شركة بأمر الموكل على ذمته في مقابل أجرة أو عمولة» ويقصد بعبارة باسم شركة حالة ما إذا كان الوكيل بالعمولة شَرِكةً فيوَقعَ باسْمَ الشركة.

وتنص المادة ١٦٦ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بأن

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ أكثم الخولي - الوسيط في القانون التجاري جـ٤ العقود التجارية- الطبعة الأولى ١٩٥٨ مطبعة نهضة مصر صـ١٨١ وما بعدها، دكتور/ حسني المصري - القانون التجاري- العقود التجارية- الطبعة الأولى ١٩٨٨□ صـ١٣٢ وما بعدها، دكتورة/ سميحة القليوبي - شرح العقود التجارية- الطبعة الثانية ١٩٩٢م دار النهضة العربية صـ٣٢، دكتور/ سمير الشرقاوي - القانون التجاري جـ٢ ١٩٨٠ دار النهضة العربية صـ٤٥ وما بعدها، دكتور/ علي البارودي - العقود وعمليات البنوك التجارية(*) منشأة المعارف بالإسكندرية صـ٣٧ وما بعدها، دكتور/ علي حسن يونس - العقود التجارية وعمليات البنوك(*)□ صـ١٠١ وما بعدها، دكتور/ علي جمال الدين عوض - العقود التجارية ١٩٨٢ دار النهضة العربية صـ١٢٥ وما بعدها، دكتور/ فايز نعيم رضوان - الوجيز في القانون التجاري ١٩٩٨ دار النهضة العربية صـ١٥٨ وما بعدها، دكتور/ محسن شفيق - الموجز في القانون التجاري- العقود التجارية(*)□ صـ٣٧ وما بعدها، دكتور/ مراد منير فهيم - القانون التجاري - العقود التجارية وعمليات البنوك ١٩٨٢ منشأة المعارف بالإسكندرية صـ٦٣ وما بعدها، دكتور/ هاني محمد دويدار- العقود التجارية والعمليات المصرفية ١٩٩٤ دار الجامعة الجديدة للنشر صـ٢١ ومابعدها

«١- الوكالة بالعمولة عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بأن يجرى باسمه تصرفاً قانونياً لحساب الموكل. ٢- وتسرى على الوكيل بالعمولة بالإضافة إلى الأحكام العامة بشأن الوكالة التجارية الأحكام المنصوص عليها فى المواد التالية » ويستفاد من هذا النص أن الوكالة بالعمولة - كما عرفها - هى عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل بالعمولة بأن يبرم باسمه الشخصى تصرفاً قانونياً لحساب الموكل، ولقد أحالت الفقرة الثانية من المادة المذكورة إلى الأحكام العامة بشأن الوكالة التجارية وبالرجوع إلى المادة ١٥٠ من التقنين التجارى الجديد الخاص بالوكالة التجارية نجد أنها يجرى نصها على التالى: «١- تكون الوكالة التجارية بأجر. ٢- يستحق الوكيل التجارى الأجر بمجرد إبرام الصفقة التى كلف بها. وكذلك يستحق الأجر إذا أثبت تعذر إبرام الصفقة بسبب يرجع إلى الموكل. ٣- فى غير الحالتين المشار إليهما فى الفقرة السابقة لا يستحق الوكيل أجراً، وإنما يستحق تعويضاً عن الجهد الذى بذله طبقاً لما يقضى به العرف التجارى. ٤- استثناء من أحكام الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩ من القانون المدنى إذا اتفق على أجر الوكيل التجارى فلا يخضع هذا الأجر لتقدير القاضى».

وبذلك يتضح من المادة المذكورة أن الوكيل بالعمولة يتقاضى مقابل القيام بالأعمال المكلف بها من الموكل وأن الوكالة بالعمولة دائماً بعوض وليست تبرعية، وأن الوكيل بالعمولة يستحق الأجر المقرر له من الموكل سواء قام بإبرام الصفقة المكلف بها أو لم يقم بإبرامها لأسباب ترجع إلى الموكل، كما أنه فى غير هاتين الحالتين يستحق تعويضاً مقابل الجهد الذى بذله فى القيام بالأعمال المكلف بها من قبل الموكل وذلك طبقاً للعرف التجارى المعمول به[1].

وفى ذلك قضت محكمة النقض بشأن أحد الطعون الذى طرح أمامها بأن «الوكيل بالعمولة - فرداً كان أو شركة - يتعاقد مع الغير باسمه الشخصى أصيلاً لحساب موكله. النص فى المادة ٨١ من قانون التجارة على أن «الوكيل بالعمولة هو الذى يعمل عملاً باسم نفسه أو باسم شركة بأمر الموكل على ذمته فى مقابل

---

١) المادة ٧٠٩ مدنى تنص على أنه «فإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضى إلا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة».

أجرة أو عمولة» يدل على أن الوكيل بالعمولة فرداً كان أو شركة يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي أصيلاً لحساب موكله فيكتسب الحقوق ويتعهد بالالتزامات إزاء الغير الذي يتعاقد معه ولكنه في حقيقة الأمر ليس بالأصيل وإنما هو يعمل لحساب الموكل الذي كلفه بالتعاقد»[١].

وفي حكم أكثر حداثة لها قضت محكمة النقض في أحد الطعون الذي طرح أمامها[٢] بأن «... مفاد نص المادتين ٨١، ٨٢ من قانون التجارة الملغي – المنطبق على واقعة النزاع – أن الوكيل بالعمولة فرداً كان أو شركة هو الذي يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي أصيلاً لحساب موكله فيكتسب الحقوق ويتعهد بالالتزامات إزاء الغير الذي يتعاقد معه ولكنه في حقيقة الأمر ليس بالأصيل وإنما هو يعمل لحساب الموكل الذي كلفه بالتعاقد ويستوي أن يباشر التصرف بنفسه أو بواسطة غيره طالما أن التصرف يكون باسمه هو ومن ثم فهو الملزم دون غيره لموكله ولمن يتعامل معه وله الرجوع على كل منهما بما يخصه من غير أن يكون لمن تعامل معه أو لموكله أن يرجع كل منهما على الآخر بشيء ...».

وبذلك لم تخرج محكمة النقض المصرية في تعريفها للوكيل بالعمولة عن التعريف الذي وضعه الفقه، ونصت عليه المادة ٨١ تجاري ملغي والمادة ١٦٦ تجاري جديد، بل صرحت بالتعريف الوارد بالمادة ٨١ تجاري ملغي في طيات حكمها.

ويستبان من ذلك أن الوكيل بالعمولة قد يكون شخصاً طبيعياً كما قد يكون شخصاً معنوياً يتخذ أحد أشكال الشركات[٣]، وأنه يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي

---

١) راجع في ذلك: نقض مدني- الطعن رقم ٦٩٢ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٢/٢٨ السنة ٣٤ صـ٨٢٥، الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨٣/٤/١٨ السنة ٣٤ صـ٩٩١.

٢) راجع في ذلك: نقض مدني- الطعن رقم ٣٢٠ لسنة ٧١ق جلسة ٢٠٠٢/٤/١١ (حكم غير منشور).

٣) وظاهر النص أن الوكيل بالعمولة يتعاقد باسم الشركة أي نيابة عنها. إلا أن عيب الصياغة لا ينفي مقصود المشرع أن الوكيل بالعمولة قد يكون شخصاً معنوياً ويتعاقد باسمه الشخصي وما كان المشرع في حاجة إلى هذه العبارة لأن تعاقد الشركة باسمها من الآثار البديهية المترتبة على الاعتراف للشركات بالشخصية المعنوية. دكتور/ علي البارودي: العقود وعمليات البنوك التجارية (سابق الإشارة إليه) صـ٣٧ فقرة ٣٠.

لا باسم الموكل ولكن لحساب هذا الأخير أى أنه ملزم بأن ينقل آثار العقد الذى أبرمه مع احد الأغيار من حقوق والتزامات إلى ذمة الموكل الذى كلفه بإجراء هذا التصرف، ويحصل الوكيل بالعمولة من الموكل على مقابل قيامه بهذا التصرف سواء تمثل هذا المقابل فى أجرة أو عمولة يتم الاتفاق عليها، وأنه فى تعاقده مع الغير لا يكون أصيلاً وإنما يجرى هذا التعاقد لصالح من كلفه بإجرائه مقابل أجرة أو عمولة.

وعلى ذلك لا تعتبر الوكالة بالعمولة وكالة عادية. ذلك أن الوكالة العادية مدنية كانت أو تجارية تفترض أن الوكيل يتعامل مع الغير باسم ولحساب الموكل، أى أن الوكيل يخبر الغير بأنه يتعاقد بالنيابة عن شخص آخر هو الموكل[1] ومع ذلك قد لا يكشف الوكيل عن صفته الحقيقية فى التعاقد للغير المتعاقد معه وإنما يتعاقد بصفته نائباً عن الموكل بل قد يتعمد هذا الإخفاء وعدم الإفصاح عن صفته كنائب لتحقيق أغراض معينة، وقد واجهت المادة ١٠٦ من القانون المدنى هذا الفرض بنصها على أنه «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب».

وهذه الصورة قد تعرض فى المسائل المدنية – وتعرف بالتعاقد بطريق التسخير – كما يمكن أن نجدها فى المعاملات التجارية، فقد يسعى أحد الأشخاص الراغبين فى شراء عقار من الغير إلى إخفاء شخصيته عن البائع تخوفاً من أن يرفع سعره أو يرفض أن يبيعه إياه إذا علم أنه المشترى الحقيقى فيلجأ فى سبيل ذلك إلى تسخير آخر غيره لشراء هذا العقار باسمه دون أن يعلن الوكيل المسخر أنه يتعاقد لحساب المشترى الحقيقى وهو الموكل، وفى هذه الحالة يكون الوكيل المسخر مكتسب وحده صفة الطرف بالمفهوم الشكلى ويكون المتعاقد الحقيقى إزاء البائع، وتنصرف آثار العقد من حقوق والتزامات إليه هو دون المشترى الحقيقى، ويتعين

---

(١) راجع فى ذلك: دكتور محمد كمال [illegible]
[illegible]

على الوكيل المسخر بعد ذلك أن ينقل هذه الآثار إلى المشترى الحقيقى تنفيذاً لعقد الوكالة المبرم بينهما.

وإذا ما احترف أحد الأشخاص إعارة اسمه فى التعاقد مع الغير متحملاً مخاطر الصفقات المبرمة عُد وكيلاً بالعمولة فى مفهوم نص المادة ١٤٨ من التقنين التجارى، وبعبارة أخرى يمكننا أن نقول أن الوكالة بالعمولة هى عبارة عن تعاقد باسم مسخر ذى طبيعة تجارية وتعد الوكالة بالعمولة عملاً تجارياً بتطبيق المعيار العام للعمل التجارى، إذ تمثل تعبيراً عن نشاط لمشروع رأسمالى فى أحد مجالات الخدمات[١].

ولاشك أن الوكيل بالعمولة وسيط بين الغير والموكل فى بيع بضاعة أو شرائها أو نقلها كما أنه يقصد من وراء ذلك تحقيق الربح وإلا ما كان يتقاضى عمولة عن إبرام الصفقات لحساب الموكل، ثم إن لنشاط الوكيل بالعمولة طابعه التجارى فهو يعمل بصورة مستقلة عن الموكل بل إنه لا يرتبط بموكل واحد بل يتعدد عملاؤه. وعادة ما يكون للوكيل بالعمولة محلاً تجارياً وإن كانت ممارسته هذا النشاط لا تتطلب بالضرورة توافر محل تجارى، وكثيراً ما يستثمر الوكيل بالعمولة أمواله فى العمليات التى يكلف بالقيام بها ثم يستردها من الموكل ولاشك أن لديه نفقاته العامة بوصفه مشروعاً تجارياً[٢].

ولذلك فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الثانية من التقنين التجارى الملغى على أن الوكالة لا تعد عملاً تجارياً إلا إذا قام بها الوكيل على سبيل المقاولة، أى إذا اتبع نمطاً معيناً من التنظيم مستخدماً موارد مادية وبشرية من أجل القيام بهذا النشاط على نحو منضبط ومستمر، وبالتالى لا تخضع الوكالة بالعمولة لأحكام المواد ١٤٨ إلى ١٧٦ من التقنين التجارى الجديد إلا فى هذه الحالة الأخيرة أما

---

١) مما لاشك فيه أن الوكيل بالعمولة يساهم فى تداول الثروة المنقولة إذ يقوم ببيع أو شراء أو نقل البضائع وهو يقوم بهذا النشاط بقصد تحقيق الربح ولذا يحصل على أجرته أو عمولته.

٢) نادراً أن يقوم الوكيل بالعمولة بنشاطه مع الحصول على أجرته أو عمولته مقدماً وإنما يقوم بالإنفاق على مشروع الصفقة الموكل فيها والمكلف بإبرامها وتنفيذها ثم يقدم حساباً عنها إلى الموكل، وهذا المسلك من جانب الوكيل بالعمولة هو الذى يبرر توفير بعض الضمانات له.

العملية الواحدة والعابرة فهي تعاقد باسم مستعار تخضع لأحكام القانون المدني[١]. وخلاصة القول أنه يمكن تعريف عقد الوكالة بالعمولة بأنه عقد فيه يلتزم محترف بالقيام بعمل باسمه الشخصي ولحساب الموكل مقابل أجر أو عمولة[٢].

ولقد عرف بعض الفقه[٣] عقد الوكالة بالعمولة بأنه عقد يلتزم بموجبه الوكيل بالعمولة أن يقوم باسمه بتصرف قانوني لحساب الموكل في مقابل أجر، فالوكيل بالعمولة شخص يباشر التصرفات القانونية باسمه الشخصي لحساب شخص آخر يسمى الموكل بمقتضى عقد الوكالة بالعمولة.

فكما أن الصفة المدنية هي التي تميز الوكالة المدنية عن الوكالة التجارية رغم أنهما من قبيل الوكالة العادية فإن الصفة ذاتها الناجمة عن احتراف الوكيل هي التي تميز الوكالة بالعمولة من التعاقد باسم مستعار[٤]، ولا يهم الأمر بعد ذلك أن يكون العقد محل الوكالة عقداً تجارياً أم مدنياً كما يستوي أن ترد العمليات على بضائع أو عروض تجارية أو صكوك تجارية أو غيرها من الأموال، وذلك بالرغم مما تذهب إليه محكمة النقض المصرية التي ترفض تطبيق أحكام التقنين التجاري إذا لم ترد الوكالة على بضائع أو عروض تجارية أو صكوك تجارية[٥].

ويتضح من تعريف الوكالة بالعمولة أن عقد الوكالة بالعمولة يتميز بأن

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ هاني محمد دويدار - العقود التجارية والعمليات المصرفية ١٩٩٤ - دار الجامعة الجديدة للنشر - صـ٢٣.

٢) راجع في ذلك: دكتور/ هاني محمد دويدار - المرجع السابق صـ٢٣.

٣) راجع في ذلك: دكتور/ أكثم الخولي - المرجع السابق صـ١٨١، دكتورة/ سميحة القليوبي - المرجع السابق صـ٣٢.

٤) راجع في ذلك: دكتور/ علي البارودي - المرجع السابق فقرة ٣٥.

٥) راجع في ذلك: جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨ - مجموعة النقض المدني ٧ صـ٧٦٧ وقد استند هذا الحكم في ذلك إلى رأي في الفقه المصري هو رأي الدكتور/ عبد الحي حجازي الوارد في مؤلفه: العقود التجارية - نهضة مصر ١٩٥٤ صـ٦٣. وفي عام واحد أكدت محكمة النقض موقفها في حكمين صادرين في جلسة واحدة في الطعنين رقما ٣٩٦، ٣٩٨ لسنة ٣٧ق جلسة ١٢ مارس ١٩٧٤، السنة ٢٥ صـ٤٩٢ بينما ذهبت في حكم آخر إلى خلاف ذلك هو الحكم الصادر بتاريخ ١٩٧٤/١١/١٩. مجموعة النقض المدني السنة ٢٥ صـ١٢٣٧ إذ لم تشترط المحكمة لتوافر الوكالة بالعمولة سوى عنصري التكرار والتنظيم وطبقت أحكامها على شركة احترفت عمليات بيع الأراضي المقسمة لحساب الغير.

الوكيل بالعمولة هو شخص يتعاقد مع الغير باسمه الشخصى دون اسم موكله، بمعنى أنه يبدو أمام الغير وكأنه المتعاقد الأصلى والطرف الموضوعى فى التعاقد فيلتزم فى مواجهته بكافة الالتزامات التى تنشأ عن العقد المبرم بينهما ويتلقى كافة الحقوق التى تترتب على هذا التعاقد، ولما كان الوكيل بالعمولة يتعاقد فى حقيقة الأمر لحساب موكله كما هو واضح من نص المادة ١٦٦ من التقنين التجارى الجديد فإنه فى العلاقة بينه وبين موكله - وهو من أصدر له الأمر بمباشرة هذه التصرفات مع الغير - لا يبدو أصيلاً بل وكيلاً عنه فى مباشرة هذا التصرف فالوكيل بالعمولة يعمل فى الحقيقة لحساب الموكل ويسأل فى موجهته عن تنفيذ أوامر الوكالة واحترام شروطها ونقل آثار التعاقد إليه وتقديم حساب للموكل عن نتيجة العمليات التى قام بإجرائها بمقتضى عقد الوكالة.

ويعد عقد الوكالة بالعمولة من العقود الرضائية التى لا تستلزم لانعقادها شكلاً معيناً، ويجوز إثباته إما بعقد الوكالة أو أية قرينة تدل على وجوده بمعنى انه يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات[1] فمتى توافر رضاء كل من الموكل والوكيل رضاء خالياً من أى عيب، يتم عقد الوكالة بالعمولة ويعتبر هذا العقد من العقود الملزمة للجانبين حيث يرتب التزامات متبادلة على عاتق كل من الموكل والوكيل. ويتم عقد الوكالة بالعمولة غالباً بين غائبين ذلك أن من فوائده الرئيسية محاولة حصول التاجر على عملاء دون الانتقال من مكان إلى آخر، كما وأن عقد الوكالة بالعمولة بوصفها أحد أنواع الوكالات التجارية من عقود المعاوضة حيث يتقاضى الوكيل بالعمولة أجراً نظير قيامه بالتصرفات القانونية لحساب الموكل، وقد أشارت إلى ذلك صراحة المادة ٨١ تجارى ملغى بقولها «... فى مقابل أجر أو عمولة» كما أشارت إلى ذلك الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ تجارى جديد بقولها «١- تكون الوكالة التجارية بأجر.» بل إن الوكيل بالعمولة يستحق أجره أو عمولته ولو لم يتفق على ذلك صراحة فى عقد الوكالة طالما لم يتضح من ظروف التعاقد أن الوكيل قصد التبرع بخدماته إلى الموكل، وتختلف الوكالة بالعمولة فى هذا الخصوص عن

---

١) قضى بأن ثبوت الوكالة الاتفاقية أمر موضوعى للمحكمة استخلاصها من أوراق الدعوى سائغا- الطعن رقم ٢٠٨٣ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٩٠/١/٢٩.

الوكالة العادية التى تعتبر بحسب الأصل من عقود التبرع[١] ولا تكون من عقود المعاوضة إلا إذا اشترط الأجر صراحة أو ضمناً، وعقد الوكالة بالعمولة له خصائص عدة.

فإذا رجعنا إلى نصوص التقنين التجارى الملغى وجدناه يعرف الوكيل بالعمولة بأنه «هو الذى يعمل عملاً باسم نفسه أو باسم شركة على ذمته فى مقابل أجرة أو عمولة» (مادة ٨١)، وبالرغم من قصور هذا التعريف[٢] فهذا النص صريح فى أن الوكيل بالعمولة، إنما يتعاقد باسمه الشخصى لا باسم الموكل، ولذلك استقر الفقه القديم[٣] على أن هذا العنصر هو المميز القانونى للوكالة بالعمولة ولاسيما أن هذا الخلط كان سائداً بين النيابة والوكالة، وهكذا تميزت الوكالة بالعمولة بانعدام النيابة التى تنطوى عليها الوكالة التى نظمها المشرع فى التقنين المدنى ولكن الفقه ما لبث أن ثار على هذا المعيار بعد أن استقر ألا تلازم بين الوكالة والنيابة فقيل بأن التعاقد بالاسم الشخصى ليس هو ما يميز الوكيل بالعمولة، وذلك استناداً إلى السوابق التاريخية والأعمال التحضيرية للتقنين الفرنسى[٤]، فضلاً عن أن المادة ٩٤ فرنسى تنص على أنه «إذا عقد الوكيل بالعمولة عقداً باسم موكله بناء على إذن منه بذلك فلكل من الموكل والمعقود معه إقامة الطلب على الآخر وتراعى فيما للوكيل المذكور من الحقوق وما عليه من الواجبات والقواعد المقررة للتوكيل فقط» فهذا النص يحيل وبلا شك إلى أحكام الوكالة فى التقنين المدنى متى تعاقد الوكيل بالعمولة باسم الموكل ولكنه يعترف لهذا الوكيل بصفة الوكيل بالعمولة صراحة فهو يظل وكيلاً بالعمولة وأن تعاقد باسم الموكل.

أما الفقه الحديث[٥] فقد عاد من جديد إلى الأخذ بأن التعاقد بالاسم الشخصى

---

١) تنص المادة ٦٩٩ من القانون المدنى على أن «الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل» ولم تشر هذه المادة إلى الأجر. وفى القانون الرومانى كانت الوكالة دائماً عقد تبرع. راجع دكتور/ عبد الرزاق السنهورى- الوجيز فى شرح القانون المدنى جـ١ طبعة ١٩٦٦ □ صـ٢٧٢.

٢) هو تعريف قاصر لأنه لا ينص على أن الوكيل يتعاقد باسمه الشخصى ولحساب الموكل.

٣) راجع فى ذلك: دكتور/ أكثم الخولى- المرجع السابق صـ١٨٦.

4) Lyon, Kan et Reno, Al 414 .

5) Askara et Rohymar : Al, 685 et Robeer al, 235 .

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

عنصر أساسى للوكالة بالعمولة لا لأن ذلك يتفق مع النصوص فحسب بل لأن هذا المعيار يتفق مع حكمة التشريع فى تقرير امتياز للوكيل بالعمولة، نظراً لما يتحمل به من التزامات ومخاطر نتيجة لتعاقده مع الغير باسمه الشخصى، أما الاحتجاج بألفاظ المادتين ٩٤ تجارى فرنسى و٨٣ تجارى مصرى فلا جدوى منه لا لأن معناه اتهام المشرع بالتناقض[١] ولكن لأن معنى هذه النصوص هو أن الوكيل بالعمولة المحترف يخضع لأحكام التقنين المدنى فى الوكالة إذا خرج على مقتضى أعمال حرفته فلم يتعاقد باسمه الشخصى بل باسم الموكل، فلا تناقض بين ثبوت صفة الوكيل بالعمولة له وبين خضوعه لأحكام القانون المدنى إذا لم يتعاقد كما يتعاقد الوكيل بالعمولة فى ممارسة حرفته باسمه الشخصى[٢].

ولكن إذا ما تعاقد الوكيل بالعمولة باسم موكله لا باسمه الشخصى دون أن يأذن له الموكل بإظهار اسمه، فهو يعتبر فضولياً فى هذه الحالة وهو ما يستفاد من نص المادة ٨٤ تجارى ملغى.

وقد نصت على ذلك المادة ١٧٣ من التقنين التجارى الجديد فى فقرتها الأولى حيث جرى نصها على الآتى: «١- يجوز للوكيل بالعمولة أن يصرح باسم الموكل الذى يتعاقد لحسابه إلا إذا طلب منه الموكل عدم الإفضاء باسمه ولا يترتب على الإفضاء باسم الموكل تغيير فى طبيعة الوكالة مادام الوكيل يبرم العقد باسمه. ٢- ... ». وبذلك فالوكيل بالعمولة يقع على عاتقه التزام قانونى وهو عدم التصريح للغير المتعاقد معه باسم الموكل إلا إذا صرح له الأخير بذلك، وقد راعى المشرع ذلك احتراماً لإرادة الموكل ولاعتبارات معينة يقدرها الأخير.

وإذا ما استعرضنا نص المادة ١٨٨ مدنى والتى عرفت الفضالة بأنها «هى أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك» وبذلك فإن الوكيل بالعمولة الذى يتعاقد باسم موكله وليس باسمه الشخصى دون أن يأذن له الموكل بأن يظهر اسمه فى تعامله مع الغير فى شأن

1) Lacour et Borton: Al, 938 .

٢) كما يستفاد من نص المادة ٨٤ تجارى مصرى أن الوكيل بالعمولة الذى يتعاقد باسم الموكل دون أن يأذن له الموكل بإظهار اسمه يعتبر فضولياً.

عاجل من شئون الموكل كما لو قام بالتعاقد مع مقاول لإصلاح وترميم عقار مملوك للموكل يوشك على الانهيار أو تقديم طعن فى حكم صدر ضد الموكل قبل انقضاء المدة المقررة للطعن دون أن يكون ملزماً بالقيام بذلك من قبل الموكل ودون أن تدخل هذه التصرفات المادية أو القانونية فى نطاق وكالته فإن الوكيل بالعمولة يعد فى هذه الحالة فضولياً، وذلك لانطباق الأحكام المقررة فى المادة ١٨٨ مدنى، وبالتالى فيقع على عاتق الوكيل بالعمولة أن يتم الأعمال التى بدأها لحين استلام الموكل لها وأن يخطر الموكل بهذه الأعمال وأن يبذل فى أدائها عناية الشخص العادى وأن يقدم حساباً إلى الموكل وأن يرد ما استولى عليه نتيجة قيامه بهذه الأعمال.

ولابد أن يكون الوكيل بالعمولة تاجراً محترفاً ذلك لأن المادة ٢ تجارى ملغى كانت لا تسبغ الطابع التجارى إلا على مقاولة الوكالة بالعمولة ولذلك فإن القانون كان منطقيّاً مع نفسه عندما تكلم فى باب العقود التجارية عن الوكلاء بالعمولة، لا عن الوكالة بالعمولة لأنه لا ينظر إلى الوكالة بالعمولة إلا من خلال حرفة الوكيل بالعمولة، فالوكيل بالعمولة طبقاً لنصوص التقنين التجارى مادة ٢، ٨١ منه ملغى – هو من يحترف التعاقد باسمه الشخصى لحساب الغير نظير عمولة. أما الوكالة بالعمولة فهى كل عقد يبرمه الوكيل بالعمولة مع موكل ممارساً بذلك حرفته أى هى العقد الذى يبرمه مع موكل من يحترف التعاقد نظير عمولة باسمه الشخصى لحساب الغير فى ممارسته لحرفته(١).

وتنص المادة ١٤٨ من التقنين التجارى الجديد على أنه «تطبق أحكام الوكالة التجارية إذا كان الوكيل محترفاً إجراء المعاملات التجارية لحساب الغير» وبذلك فقد عرفت هذه المادة المقصود بالوكالة التجارية، وتعتبر الوكالة تجارية طبقاً لهذا النص إذا كان الوكيل محترفاً إجراء المعاملات التجارية لحساب الغير، وبذلك فقد اشترطت هذه المادة فى الوكيل التجارى أو الوكيل بالعمولة أن يكون قد اتخذ من إجراء المعاملات التجارية لحساب الغير حرفة له أى أن يكون محل نشاطه هو

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ علي البارودى– المرجع السابق صـ٤٠، ٤١.

القيام بالأعمال التجارية لحساب الغير أياً كانت الطريقة التى يتبعها فى هذا الصدد سواء قام بإجراء العمل باسمه الشخصى أو باسم موكله، كما يجب لاحترافه القيام بهذه الأعمال أن يمارس هذا النشاط بصورة منتظمة ومستمرة مع اتخاذه مهنة للحصول على الرزق، وبذلك فقد اشترط القانون التجارى الجديد أن يكون الوكيل بالعمولة محترفاً القيام بالأعمال المسندة إليه من قبل الغير حتى يطبق عليه أحكام الوكالة التجارية واعتبر المشرع الوكالة بالعمولة إحدى أنواع الوكالات التجارية والتى تطبق عليها أحكامها العامة والخاصة الواردة بالقانون التجارى الجديد.

ولقد كان القانون موفقاً فى هذا المسلك لأن ركن الاحتراف هو وحده الذى يسمح بتمييز الوكالة بالعمولة عن غيرها من صور الوكالة، فالوكالة عموماً هى «عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل» (مادة ٦٩٩ مدنى)، وهذا التعريف يتسع للوكالة بنوعيها النيابية وغير النيابية أما الذى يميز الوكالة بالعمولة عن غيرها من صور الوكالة فهى احتراف الوكيل التعاقد باسمه الشخصى لحساب الغير نظير عمولة.

وهكذا يتضح لنا إلى أى حد كان المشرع موفقاً فى نظرته إلى الوكالة بالعمولة من خلال حرفة الوكيل بالعمولة، ثم إن شرط الاحتراف هو وحده الذى يبرر انفراد الوكيل بالعمولة بحق امتياز دون سائر الوكلاء، فالوكيل المحترف هو وحده الذى يستحق رعاية القانون إذ يستطيع بفضل امتيازه أن يباشر حرفته على نحو آلى بأن يقبل التعاقد لحساب أى شخص يطلب منه دون بحث فى درجة ملاءمته مادام يتمتع بامتياز من الدرجة الأولى، أما من قبل التعاقد لحساب الغير نظير عمولة دون ان يحترف هذا العمل فإنه ليس جديراً بحماية القانون لأنه لا يعرض خدماته على الجمهور بل يختار موكله فى روية وأناه وبناء على اعتبارات الثقة الشخصية بعكس الوكيل المحترف الذى يعتبر حق الامتياز ركناً أساسياً فى نجاح حرفته.

وتشترط المادة ١٤٨ تجارى احتراف الوكيل بالعمولة مباشرة التصرفات باسمه لحساب الغير ليخضع لأحكام قانون التجارة، فالقانون لا يسبغ الصفة التجارية إلا على مقاولة الوكالة بالعمولة، بمعنى أنه إذا قام الشخص بعدد قليل من

التصرفات القانونية مع الغير باسمه ولحساب موكله فإنه لا يخضع لأحكام قانون التجارة وإن كان يعد تصرفه وكالة بالعمولة، وينظم أحكامها فى هذه الحالة الأحكام المنصوص عليها فى القانون المدنى المصرى، فالوكيل بالعمولة وفقاً للقانون التجارى المصرى هو من يحترف التعاقد باسمه الشخصى لحساب الغير نظير أجر سواء لأعمال تجارية أو مدنية[١] وبناء على ذلك تعتبر عمليات البيع والشراء التى يقوم بها الوكيل بالعمولة لحساب الموكل أعمالاً تجارية.

وقد نصت المادة ١٦٦ من قانون التجارة الجديد ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن «١- الوكالة بالعمولة عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بأن يجرى باسمه تصرفاً قانونياً لحساب الموكل. ٢- وتسرى على الوكالة بالعمولة بالإضافة إلى الأحكام العامة بشأن الوكالة التجارية الأحكام المنصوص عليها فى المواد التالية». وبذلك تشترط هذه المادة احتراف الوكيل بالعمولة إجراء التصرفات القانونية باسمه لحساب الغير حتى يخضع التصرف لأحكام القانون التجارى، فالقانون التجارى لا يسبغ الصفة التجارية للتصرف القانونى إلا على مقاولة الوكالة بالعمولة، وعلى ذلك تعتبر عمليات البيع والشراء التى يقوم بها الوكيل بالعمولة لحساب الموكل من قبيل الأعمال التجارية طالما مارسها على سبيل الاحتراف غير أنه لا يفهم من ذلك أن شرط الاحتراف هو الشرط الوحيد لإخضاع أعمال الوكالة بالعمولة للقانون التجارى وفقاً للقانون المصرى بل يشترط أن يقوم الوكيل بالعمولة بالتصرف باسمه الشخصى لحساب الغير، ذلك أنه من المتصور أن يقوم الشخص بأعمال الوكالة بالعمولة على سبيل الاحتراف ومع ذلك يخضع لأحكام القانون المدنى وذلك فى الحالات التى يتعاقد فيها باسم موكله تطبيقاً لأحكام المادة ٨٣ تجارى ملغى، ولا يوجد فى القانون التجارى الحديث نص مماثل لنص المادة ٨٣ تجارى ملغى.

وكذلك الحال فى فرنسا حيث تعد مقاولة الوكالة بالعمولة عملاً تجارياً

---

١) راجع فى ذلك دكتور/ أكثم الخولى- المرجع السابق صـ١٨٧، دكتور/ علي حسن يونس- العقود التجارية وعمليات البنوك(*) دار الحمامى للطبعة صـ١٠٤، ١١٣.

بمقتضى نص المادة ٣/٦٣٢ من المجموعة التجارية فأعمال الوكالة بالعمولة المنفردة لا تعتبر عملاً تجارياً في ذاتها[١].

وإذا احترف الوكيل بالعمولة القيام بأعمال الوكالة اعتبر تاجراً تطبيقاً للمادة الأولى من قانون التجارة الجديد والمادة ١٤٨ من ذات القانون والتزم نتيجة لذلك بالتزامات التجار من القيد بالسجل التجارى ومسك الدفاتر التجارية، كما يخضع الوكيل بالعمولة لنظام شهر الإفلاس حتى ولو كان عمله مع الغير يقتصر على القيام بمباشرة تصرفات مدنية كشراء العقارات أو المحاصيل بالإضافة إلى التزامه بالقيد فى سجل الوكلاء التجاريين.

أما بخصوص تجارية عقد الوكالة بالعمولة من جانب الموكل فإن ذلك يتوقف على ما إذا كان التصرف القانونى محل الوكالة مدنياً أو تجارياً بالنسبة إليه. إذا صدر توكيل من الموكل للوكيل لمباشرة عمل تجارى، كما إذا كان الموكل تاجراً وكان التصرف متعلقاً بعمل من أعمال تجارته أو كان غير تاجر ولكن التصرف القانونى كان عملاً من أعمال المضاربة كانت الوكالة تجارية بالنسبة إلى الموكل. وإذا صدر التوكيل من الموكل فى تصرف مدنى كما إذا كان الموكل تاجراً ولكن التصرف لا يتعلق بتجارته أو كان غير تاجر ولم يكن التصرف مما يدخل فى الأعمال التجارية كانت الوكالة مدنية بالنسبة للموكل ويترتب على اعتبار عقد الوكالة بالعمولة عقداً تجارياً خضوعه للأحكام الخاصة لهذه العقود من حيث الإثبات والاختصاص القضائى والمهلة القضائية وافتراض التضامن وتقرير فوائد قانونية إلى غير ذلك من الأحكام.

وفى الحالات التى يكون فيها العقد تجارياً من جانب ومدنياً بالنسبة للطرف الآخر أى عقداً مختلطاً فإنه يخضع لأحكام العمل المختلط[٢].

ويكون عقد الوكالة بالعمولة عقداً مختلطاً، وذلك إذا كانت الوكالة مدنية بالنسبة إلى الموكل ففى حالة قيام الوكيل بالعمولة ببيع منتجات زراعية لأحد المزارعين يكون العقد مختلطاً فى هذه الحالة فيكون تجارياً بالنسبة إلى الوكيل بالعمولة ومدنياً بالنسبة إلى المزارع[٣].

---

1) Askara, P. 63, No. 690.

٢) راجع فى ذلك: دكتورة/ سميحة القليوبى- المرجع السابق ص ٤٩.

٣) راجع فى ذلك: دكتور/ مصطفى كمال طه- المرجع السابق- جـ١ فقرة ٧٣.

ويخضع عقد الوكالة بالعمولة لأحكام المواد من ١٦٦ إلى ١٧٦ من التقنين التجارى طالما كان الوكيل بالعمولة يمارس نشاطه على وجه المقاولة، وفيما لم يرد بشأنه نص فى التقنين التجارى تطبق أحكام القانون المدنى المتعلقة بعقد الوكالة[١].

وقد أكدت على ذلك محكمة النقض المصرية فى حكم لها بشأن أحد الطعون الذى طرح أمامها بأن «الوكالة بالعمولة خضوعها لأحكام الوكالة فى القانون المدنى فيما لم يرد بشأنه حكم خاص بقانون التجارة. انقضاء عقد الوكالة بالعمولة بذات الأسباب التى تنقضى بها الوكالة المدنية. جواز عزل الوكيل بالإرادة المنفردة صراحة أو ضمناً - شرط نفاذه علم الوكيل بالعزل تعيين وكيل آخر لمباشرة عمل الوكيل الأول - عزل ضمنى له. الوكالة بالعمولة نوع من الوكالة تخضع فى انعقادها وانقضائها وسائر أحكامها للقواعد العامة المتعلقة بعقد الوكالة فى القانون المدنى فيما عدا ما تضمنه قانون التجارة من أحكام خاصة بها وإذا لم ينظم قانون التجارة طرق انقضاء عقد الوكالة بالعمولة فإنه ينقضى بنفس الأسباب التى ينقضى بها عقد الوكالة المدنية، ولما كان مؤدى نص المادة ٧١٤ من التقنين المدنى أن الوكالة تنتهى بموت الموكل أو الوكيل وأن استمرار الورثة فى استغلال نشاط مورثهم بعد وفاته لا يعدو أن يكون شركة واقع فيما بينهم، ولما كان مؤدى ما تقضى به المادتان ٧١٥، ٧١٦ فى ذات القانون وعلى ما ورد بمجموعة الأعمال التحضيرية بأن الوكالة عقد غير لازم فإنه يجوز للموكل أن يعزل الوكيل فى أى وقت قبل انتهاء العمل محل الوكالة ...»[٢].

وفى حكم حديث لها قضت محكمة النقض بصدد أحد الطعون الذى طرح أمامها[٣] بأن «الوكالة بالعمولة نوع من الوكالة. خضوعها لأحكام القانون المدنى فيما عدا ما تضمنه قانون التجارة من أحكام خاصة بها. انقضاء عقد الوكالة بالعمولة بذات الأسباب التى تنقضى بها الوكالة المدنية للموكل بإرادته المنفردة

---

١) وذلك مع التحفظ الخاص بوجود بعض الأعراف التجارية فى مجال نشاط الوكالة بالعمولة إذ يجب على القاضى تطبيق الأعراف التجارية قبل الرجوع إلى نصوص القانون المدنى.

٢) راجع فى ذلك الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨٣/٤/١٨ السنة ٣٤ صـ٩٩١.

٣) راجع فى ذلك: الطعن رقم ٧٣١ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٥.

عزل الوكيل فى أى وقت قبل انتهاء العمل محل الوكالـــة. المادتـــان ٧١٥، ٧١٠ مدنى...».

وبصدد الحديث عن تعريف الوكالة بالعمولة ذكرنا أن الوكالة قد تكون نيابية وقد تكون غير نيابية، ففى الحالة الأولى التى يعلم فيها الغير المتعاقد مع الوكيل أن الأخير إنما يتعاقد باسم ولحساب موكله وفى هذه الحالة يتيقن الغير بأن ثمار العقـــد سوف تضاف إلى ذمة الموكل دائناً أو مديناً. أما فى الحالة الثانية فهى الحالة التـــى لا يعلن النائب – صراحة أو ضمنا – عن صفته الحقيقية فى التعاقد وأنـــه يتعاقـــد بصفته نائباً، أو أن الغير المتعاقد مع الوكيل لم يعلم – حقيقة أو حكمـــاً – بـــصفة الأخير الحقيقية فى التعاقد وأنه يتعاقد بصفته نائباً عن شخص محدد وفى هذه الحالة رأينا أن المادة ١٠٦ مدنى تقضى بعدم إضافة آثار العقد إلى ذمة الموكـــل بـــل إن الغير وقد تعامل مع الوكيل على أنه الأصيل فى التعاقد طبقاً للأصل العام، يستطيع أن يرجع عليه بوصفه من تعاقد معه دائناً أو مديناً بحسب الأحوال.

وسواء كانت الوكالة نيابية أو غير نيابية فإن أحكام القانون المدنى المتعلقـــة بعقد الوكالة تنطبق على العقد فى هذه الحالة وهى المواد من ٦٩٩ إلـــى ٧١٧، وإذ تحيل المادة ٧١٣ مدنى إلى أحكام المواد من ١٠٤ إلـــى ١٠٧ الخاصـــة بالنيابـــة وتقضى بتطبيقها على عقد الوكالة فتصبح بذلك هذه المواد جزءاً لا يتجزأ من النظام القانونى لعقد الوكالة[1].

ولما كان عقد الوكالة بالعمولة صورة للوكالة غير النيابية التى يظهر فيهـــا الوكيل أمام الغير وكأنه الأصيل فى التعاقد، فباعتبارها وكالة تخضع لأحكام عقـــد الوكالة دون أحكام النيابة.

ويترتب على تعاقد الوكيل بالعمولة باسمه الشخصى التالى:

أولاً: يشترط فى الوكيل بالعمولة الأهلية الكاملة فى حين أن كمال الأهليـــة ليس متطلباً فى الوكالة العادية إلا أنه يكفى أن تتوافر فى الوكيل بالعمولة الأهليـــة التجارية لأن الفرض أن الوكيل بالعمولة تاجر محترف[2].

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ محمد كامل مرسى- المرجع السابق فقرة ٢٢٤.

٢) راجع فى ذلك: دكتورة/ سميحة القليوبى- المرجع السابق صـــ٣٦، دكتـــور/ محمـــود ســـمير الشرقاوى - القانون التجارى جـــ٢- دار النهضة العربية ١٩٨٤ فقرة ٤٣.

ثانياً: يكون الوكيل بالعمولة مسئولاً عن تنفيذ العقد محل الوكالة فى مواجهة الغير لأنه وحده يكتسب صفة المتعاقد، وقد ارتضى تحمل مخاطر هذا العقد ولذلك قرر المشرع التجارى منحه بعض الضمانات.

ثالثاً: يمكن شهر إفلاس الوكيل بالعمولة إذا ما توقف عن دفع دين ناشئ عن العقد محل الوكالة بفرض أن هذا العقد عقد تجارى، فسواء كان التوقف عن الدفع راجعاً إلى الوكيل بالعمولة أو الموكل فإن الوكيل يعتبر قد توقف عن دفع دين تجارى شخصى يبرر شهر إفلاسه[1].

---

١) وفى ذلك تطبيق لآثار علاقة المديونية الناشئة عن العقد الذى يبرمه الوكيل بالعمولة مع الغير إذ يجوز للدائن طلب شهر إفلاس مدينه المكتسب صفة التاجر إذا توقف عن دفع الدين بشرط أن يكون الدين تجارياً حول الشروط الموضوعية لشهر الإفلاس. دكتور/ مصطفى كمال طه- جـ٢- فقرة ٦٣١ وما بعدها من الشروط الموضوعية لشهر الإفلاس- الجزء الثانى(*)□.

الغصن الثانى

الوكالة العادية والوكالة بالعمولة

الوكالة العادية هى عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل لحساب الموكل[١] ويتضح من هذا التعريف أن الوكيل فى عقد الوكالة العادية يتعاقد باسم الموكل لا باسمه الشخصى بحيث يبدو واضحاً أمام الغير المتعاقد أن الطرف الأصلى فى التعاقد هو الموكل وأن ذمته المالية هى التى سوف تتأثر بثمار العقد، وما الوكيل إلا نائباً عن هذا الأخير فإرادة وموافقة الموكل هى التى تمثل الطرف المتعاقد وليست إرادة الوكيل فيسأل الموكل مباشرة فى مواجهة الغير عن جميع الالتزامات التى تنشأ عن التعاقد لأن آثار التعاقد تنصب مباشرة فى ذمته[٢].

وإذا لم يعلن الوكيل فى الوكالة العادية – وقت التعاقد مع الغير – أنه يتعاقد بصفته وكيلاً فلا ينعقد العقد للموكل، ومن ثم لا تعود الحقوق المترتبة عليه إليه إلا إذا كان يستفاد من الظروف أن من تعاقد معه الوكيل يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الوكيل أو الموكل[٣]. أما فى الوكالة بالعمولة فإن الوكيل بالعمولة يتعاقد باسمه دون اسم الموكل كما سبق أن رأينا فالوكيل بالعمولة يبدو أمام الغير المتعاقد معه كأنه الأصيل فى التعاقد، لأن إرادته وموافقته هى ذات الاعتبار فى العقد، وليست إرادة الموكل وبناء على ذلك يمكن القول بأنه إذا كان الوكيل فى كلتا الوكالتين يعمل لحساب الغير (الموكل) إلا أن الوكيل بالعمولة يتصرف باسمه على خلاف الوكيل العادى الذى يتصرف باسم موكله.

وعلى ذلك يمكن تكييف عقد الوكالة بالعمولة بأنه عقد وكالة غير نيابية بالمقارنة بعقد الوكالة العادية فهو عقد نيابة فى العلاقة بين الوكيل بالعمولة والموكل حيث يلتزم الوكيل بالعمولة بنقل آثار التعاقد إلى ذمة موكله لتعود عليه نتائج وآثار تعاقده مع الغير ولكنها على خلاف الوكالة العادية تضع حجاباً على شخصية الموكل أمام الغير فالوكيل بالعمولة يوقع العقد باسمه الشخصى دون اسم الموكل، وبمعنى

---

(١) راجع فى ذلك نص المادة ٦٩٩ مدنى.

(٢) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهورى – نظرية العقد ص [illegible]

(٣) راجع نص المادة ١٠٦ مدنى.

آخر فإن الوكالة بالعمولة – فى هذا الصدد – تتميز عن الوكالة العادية وتقترب منها فى ذات الوقت فهى تقترب منها فيما يتعلق بالعلاقة بين الوكيل والموكل ذلك لأن هذه العلاقة تمثل فى حقيقة الأمر ذات العلاقة بين الوكيل العادى وموكله مع قليل من الاختلاف الذى ينتج عن طبيعة الوكالة بالعمولة بوصفها من العقود التجارية ونتيجة للأثر الذى يترتب على ظهور الوكيل بالعمولة باعتباره المتعاقد الأصلى دون الموكل.

غير أن الوكالة بالعمولة تتميز عن الوكالة العادية فيما يتعلق بالعلاقة التى تنشأ بين الوكيل والغير فهذه العلاقة تختلف بلا شك اختلافاً جوهرياً فى الوكالة بالعمولة عنها فى الوكالة العادية، فهى تبدو علاقة بيع وشراء بحته وهذا الازدواج فى طبيعة عقد الوكالة بالعمولة هو الذى يميز هذا العقد عن كافة أنواع الوكالات المدنية أو التجارية[1].

ولما كانت الوكالة بالعمولة من العقود التجارية التى تكسب من يحترفها صفة التاجر على ما سنرى فإنه يشترط أن تتوافر الأهلية التجارية فى القائم بأعمال الوكالة بالعمولة على خلاف الوكيل العادى الذى يكفى أن يكون ذا إرادة كالصبى المميز والسفيه، هذا بالإضافة إلى ما تتميز به الوكالة بالعمولة عن الوكالة العادية من حيث الضمانات التى يقررها القانون لحصول الوكيل بالعمولة على ما يستحق قبل الموكل نظير قيامه بتنفيذ الوكالة مثل حقه فى الامتياز الذى لا يوجد للوكيل العادى فهذا الأخير يعتبر فى الواقع بمثابة دائن عادى فى مواجهة الموكل بما يستحق له من مبالغ نظير قيامه بتنفيذ عقد الوكالة.

وإذا كان الأصل في الوكالة العادية هي أن يعمل الوكيل باسم الموكل وهو ما صرحت به المادة ٦٩٩ من القانون المدني حيث نصت على أنه «الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل»، ويستفاد من هذا النص أن الوكالة العادية هي عقد اتفاقي بين كل من الوكيل والموكل يقع بموجبه على عاتق الوكيل التزام تعاقدي مفاده أن يقوم بإبرام تصرف قانوني بحيث تقع ثار هذا التصرف في ذمة الموكل سواء كانت حقوقاً أو التزامات، والمشرع لم يفرق في

١) راجع فى ذلك: دكتورة/ سميحة القليوبى – المرجع السابق صـ٣٧٠.

ذلك بين الوكالة العادية المكشوفة والوكالة المستترة فهذا النص ينسحب على كل من الوكالة العادية المكشوفة والوكالة المستترة، غير أنه قد يتفق كل من الوكيل والموكل بموجب عقد وكالة مستتر على أن يقوم الوكيل بإبرام تصرف قانوني مع أحد الأغيار باسمه الشخصي على أن تنصرف آثار هذا التصرف إلى ذمة الموكل، وذلك دون أن يعلن للغير المتعاقد معه عن صفته الحقيقية في التعاقد وعما إذا كان يتعاقد بصفته نائباً عن شخص محدد أو يتعاقد بصفته الشخصية أي بصفته أصيلاً عن نفسه، وهذا الاتفاق يسمى باتفاق التسخير والوكالة بالتسخير تعتبر أحدى صور الوكالة المستترة[١] إذ قد يري الموكل عدم الإعلان عن اسمه وأن يخفى اسمه في التصرف الذي وكل فيه الوكيل لسبب يحتفظ به لنفسه[٢] ومن أجل ذلك يشترط أن يعمل الوكيل باسمه الشخصي، وفي هذه الصورة يسخر الموكل الوكيل في إبرام التصرف المطلوب دون أن يظهر هو على مسرح التعاقد وتسمى الوكالة في هذه الحالة بعقد التسخير ويسمى الوكيل بالمسخر[٣] والتسخيرلغرض سليم مشروع طالما أنه يستخدم في غرض مشروع وفي أعمال مشروعة[٤] وهو يستخدم في القيام بعملية قانونية واحدة ولكن ليس هناك ما يحول دون استخدامه في القيام بأكثر من عملية قانونية[٥] غير أن ذلك يتطلب وجود اتفاق صريح بين طرفيه الوكيل والموكل ومقتضى هذا الاتفاق أن يتعاقد الوكيل باسمه شخصياً مع أحد الأغيار على أن تنصرف آثار هذا التصرف إلى ذمة الموكل.

ومن الجدير بالذكر أن إتفاق التسخير يتم تكييفه على أنه عقد وكالة وفي ذلك

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد - المرجع السابق صـ١٢٢، ١٢٣.

٢) راجع في ذلك: دكتور/ محمد كامل مرسى - العقود المسماه - جـ١ الطبعة الثانية عام ١٩٥٢م صـ٤٦٤. «ومن الأسباب التي تدعو الموكل إلى إخفاء اسمه توقعه رفع سعر الصفقة من البائع لو علم بحقيقة الاسم أو احتمال امتناعه كلية عن البيع له، كذلك الحال في البيوع بالمزاد العلنى إذ يفضل المشترى أحياناً اخفاء اسمه بقصد الاخفاء عن الجمهور، أو خشية مضاربة الغير على الصفقة إذا علم بحاجته إليها».

٣) راجع في ذلك: دكتور/ محمد زكى عبد المتعال - البحث السابق صـ٥.

٤) راجع في ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط جـ٧ (مشار إليه سابقاً) صـ٨٥٠ وما بعدها، دكتور/ محمد زكى عبد المتعال - البحث السابق صـ٥، ٦.

٥) راجع في ذلك: دكتور/ محمد زكى عبد المتعال - المرجع السابق صـ٤.

يقول الفقيه الفرنسي بلانيول[1]: «..... ومتى أصبح شخص اسماً مستعاراً لآخر، فإنه يكون في علاقته بهذا الأخير وكيلاً عنه، وهو في الحقيقة لا يعدو أن يكون كذلك وحينئذ تطبق قواعد الوكالة فيما بينهما، والتي من أهمها أن الوكيل لا يجوز له الاحتفاظ بالأموال التي حصل عليها ولا بالمبالغ التي حصلها فهو محاسب كما أنه وكيل....».

وعقد التسخير يكون في الأصل عقداً مستتراً لأن الوكيل المسخر يتصرف في علاقته مع الغير المتعاقد معه دون الكشف عن الشخص المختفي وراءه ولكي نكون بصدد وكالة بالتسخير يجب أن يكون الوكيل المسخر قد اتجه قصده نحو عدم الإعلان عن صفته الحقيقية في التعاقد في تعامله مع الغير المتعاقد معه، ويترتب على عقد الوكالة بالتسخير أن تضاف جميع الحقوق التي تنشأ عن العقد المبرم بين الوكيل المسخر والغير المتعاقد معه إلى الوكيل المسخر، فيصبح بذلك هو الدائن بها في مواجهة الغير كما تضاف إليه جميع الالتزامات المتولدة عن العقد حيث يصبح المدين بها للغير، وإن كان الوكيل المسخر يلتزم بعد ذلك بنقل هذه الآثار إلى ذمة الموكل ولكن تضاف آثار العقد إلى ذمة الموكل مباشرة في حالتين كما صرحت بذلك المادة ١٠٦ من القانون المدني حيث نصت على أنه «..... إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب».

الحالة الأولى: إذا كان الغير المتعاقد مع النائب يعلم أو من المفروض حتماً أن يعلم بأن الوكيل المسخر إنما يتعاقد لحساب الموكل. والمقصود بالعلم هنا هو العلم الحقيقي أو المفترض بصفة الوكيل المسخر الحقيقية في التعاقد، فإذا ما علم الغير المتعاقد بحقيقة صفة الوكيل المسخر في التعاقد وأنه يتعاقد بصفته نائباً فإن تنشأ علاقة قانونية مباشرة بين الغير المتعاقد والموكل ويصبح كل منهما الدائن والمدين في مواجهة الآخر، وهذا العلم قد يكون حقيقياً بأن يفصح الوكيل المسخر عن حقيقة صفته في التعاقد وأنه يتعاقد بصفته نائباً عن شخص محدد وقد يكون

---

1) Planiol (M), traite de droit civil, T.2, 1926, P. 755, No. 2266.
Planiol (M) et Ripert, traite de droit civil, T.2, 1947, p. 206, No. 586 et S.

مفترضاً بأن يعلم من ظروف وملابسات التعاقد أن المتعاقد معه ليس إلا نائباً عن شخص محدد مثال ذلك سائق سيارة مخدومة الذي يشترى كمية من الوقود أو قطعة غيار لها فعندما يتعامل مع البائع ويطلب منه فاتورة بالمبلغ المطلوب ويظهر من مظهره الخارجي بأنه لا يستطيع أن يمتلك مثل هذه السيارة كل هذه ظروف وملابسات يستطيع من خلالها الغير المتعاقد معه أن يعلم أنه نائب عن مالك السيارة هذه وليس أصيلاً أي مالكاً لها.

الحالة الثانية: إذا كان يستوى لدى الغير التعامل مع الأصيل أو النائب. ومعنى ذلك أن الغير المتعاقد لا يهمه التعاقد مع الوكيل المسخر أو الأصيل بل المهم بالنسبة له أن تنصرف آثار العقد في ذمته المالية، وجدير بالذكر أن الغير المتعاقد لا يعول على الاعتبار الشخصي في التعاقد وبالتالي لا يعول على شخصية المتعاقد معه ومثال ذلك المشترى الذي يدخل أحد المحلات التجارية لشراء سلعة معينة، فلا يهم البائع في هذه الحالة أن يكون المشترى متعاقداً لحساب نفسه أي أصيلاً عن نفسه أو أن يكون نائباً عن شخص محدد، وعلى العكس من ذلك بالنسبة للمشترى فلا يهمه أن يكون البائع له نائباً عن شخص محدداً وأصيلاً عن نفسه فالأمر يستوى بالنسبة للغير أن يتعاقد مع نائب أو أصيل.

ومن الجدير بالذكر أن موقف الوكيل المسخر في الوكالة بالتسخير يتشابه مع موقف الوكيل بالعمولة ويتجلى هذا التشابه في أن كل منهما يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي لحساب الموكل على أن تنصرف آثار هذا التعاقد إلى هذا الأخير، وبالرغم من ذلك هناك فارق بينهما من حيث علاقة الغير بالموكل في الحالة التي يكون الغير عالماً بأن الوكيل مسخراً ومن المفروض حتماً أن يعلم بأنه وكيل، ذلك لأنه في الوكالة بالعمولة لا تنشأ – كقاعدة عامة – علاقات قانونية مباشرة بين الموكل والغير حتى لو علم هذا الأخير اسم الموكل وحقيقة العلاقة وعلى النقيض من ذلك في الوكالة بالتسخير التي يحق فيها للغير المتعاقد مع الوكيل المسخر إذا كان يعلم – حقيقة أو حكماً – بأن الوكيل المسخر يتعاقد بصفته نائباً وبالرغم من ذلك يقصد التعاقد مع الأصيل في هذه الحالة يحق للغير الرجوع مباشرة على

الموكل وذلك نظراً للطبيعة الخاصة بالوكالة بالعمولة[1]، والوكيل بالعمولة في تعاقده مع الغير يعتبر كما لو كان متعاقداً لحساب نفسه لأنه لا يقع على عاتقه التزام تعاقدى بالإفصاح عن صفته الحقيقية في التعاقد، على عكس ذلك بالنسبة للوكيل المسخر فإنه يقع عليه التزام تعاقدى بضرورة الإعلان عن حقيقة صفته في التعاقد وعما إذا كان يتعاقد بصفته نائباً عن شخص محدد أو بصفته أصيلاً عن نفسه، وذلك حتى يعطي الغير فرصة الخيار بين قبول أو رفض التعاقد بناء على الاعتبارات التي يعول عليها وفق ما تقتضيه مصلحته الشخصية، والوكيل المسخر وأن كانت آثار العقد من حقوق والتزامات تنصرف في ذمته المالية إلا أنها لا تستقر بها لأنه ملزم بنقل هذه الآثار بعد ذلك بموجب العقد المبرم بينهما، في حين أن الوكيل بالعمولة تنصرف في ذمته آثار العقد الذي يبرمه مع الغير وتصبح هذه الآثار جزء من ذمته المالية، وعلى ذلك إذا ما تعامل مع مصلحة الضرائب باعتباره ممولاً فإنه يحاسب في هذه الحالة على الأموال التي دونها في الإقرار الضريبي المقدم منه وهي الأموال التي دخلت ذمته المالية ومنها ثمار العقد الذي أبرمه مع الأغيار لحساب الموكل، ولا يستطيع أن يدفع في هذه الحالة بأن هناك جزء من هذه الأموال تخص الموكل، كما أن الوكالة العادية هي وكالة نيابية لأن الوكالة العادية هي وكالة اتفاقية والوكالة الاتفاقية هي أحد أنواع النيابة في التعاقد وعلى ذلك تطبق عليها الأحكام الخاصة بالنيابة في التعاقد في حين أن الوكالة بالعمولة وكالة غير نيابية لأن الوكيل بالعمولة في تعاملة مع الموكل لا يعتبر نائباً عنه ولكنه يمارس هذا العمل على وجه الاحتراف مقابل أجر، كما أنه يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي كما لو كان متعاقداً لحساب نفسه ولو أن الوكالة بالعمولة وكالة نيابية لما اختصها المشرع بتنظيم خاص وأحكام خاصة في التقنين التجاري وكان قد تركها تخضع لأحكام النيابة في التعاقد وقد قضت محكمة النقض بأن «الوكالة بالعمولة – خضوعها لأحكام الوكالة في القانون المدني فيما لم يرد بشأنه حكم خاص بقانون

---

١) راجع في ذلك: دكتورة/ سميحة القليوبي – شرح العقود التجارية – الطبعة الثانية ١٩٩٢م دار النهضة العربية صـ١٤.

Chardin, le contrat de consomation de credit et t, autonomie d. la volonte, 1988 I.G.D.J., P. 57et. S.

التجارة. انقضاء عقد الوكالة بالعمولة بذات الأسباب التي تنقضي بها الوكالة المدنية. جواز عزل الوكيل بالإرادة المنفردة صراحة أو ضمناً - شرط نفاذه علم الوكيل بالعزل تعيين وكيل آخر لمباشرة عمل الوكيل الأول عزل ضمني له. الوكالة بالعمولة نوع من الوكالة تخضع في انعقادها وانقضائها وسائر أحكامها للقواعد العامة المتعلقة بعقد الوكالة في القانون المدني فيما عدا ما تضمنه قانون التجارة من أحكام خاصة بها وإذا لم ينظم قانون التجارة طرق انقضاء عقد الوكالة بالعمولة فإنه ينقضي بنفس الأسباب التي ينقضي بها عقد الوكالة المدنية، ولما كان مؤدى نص المادة ٧١٤ من التقنين المدني أن الوكالة تنتهي بموت الموكل أو الوكيل وإن استمرار الورثة في استغلال نشاط مورثهم بعد وفاته لا يعد وأن يكون شركة واقع فيما بينهم ولما كان مؤدى ما تقضي به المادتان ٧١٥، ٧١٦ في ذات القانون وعلى ما ورد بمجموعة الأعمال التحضيرية بأن الوكالة عقد غير لازم فإنه يجوز للموكل أن يعزل الوكيل في أي وقت قبل انتهاء العمل محل الوكالة وعزل الوكيل يكون بإرادة منفردة تصدر من الموكل موجهة إلى الوكيل فتسري في شأنها القواعد العامة، ولما كان القانون لم ينص على أن تكون في شكل خاص فأي تعبير عن الإرادة يفيد معنى العزل وقد يكون هذا التعبير صريحاً كما قد يكون ضمنياً فتعيين الموكل وكيلاً آخر لنفس العمل الذي فوض فيه الوكيل الأول بحيث يتعارض التوكيل الثاني مع التوكيل الأول يعتبر عزلاً ضمنياً للوكيل الأول وسواء كان العزل صريحاً أو ضمنياً فإنه لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم الوكيل طبقاً للقواعد العامة»[١].

وعن تعاقد الوكيل بالعمولة مع الغير باسمه الشخصي كما لو كان يتعاقد لحسابه الخاص ولكنه في النهاية هو يتعاقد لحساب موكله مقابل أجر أو عمولة، قضت محكمة النقض في أحد الطعون الذي طرح أمامها بأن «الوكيل بالعمولة - فرداً كان أو شركة - يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي أصيلاً لحساب موكله». النص في المادة ٨١ من قانون التجارة على أن «الوكيل بالعمولة هو الذي يعمل

١) راجع في ذلك: نقض مدني الطعن رقم ٧٣١ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٥م، الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨٣/٤/١٨م السنة ٣٤ صـ٩٩١.

عملاً باسم نفسه أو باسم شركة بأمر الموكل على ذمته في مقابل أجره أو عمولته يدل على أن الوكيل بالعمولة فرداً كان أو شركة يتعاقد مع الغير الذي باسمه الشخصي أصيلاً لحساب موكله فيكتسب الحقوق ويتعهد بالالتزامات أزاء الغير يتعاقد معه ولكنه في حقيقة الأمر ليس بالأصيل وإنما هو يعمل لحساب الموكل الذي كلفه بالتعاقد»[١].

وجدير بالذكر أن الوكيل بالعمولة للشراء يلتزم باستلام البضاعة من الغير المتعاقد معه وإن يحافظ على هذه البضاعة بأن يتخذ كل ما من شأنه ضرورياً للمحافظة عليها وعدم تعرضها للتلف أو الهلاك، والتزامه بالمحافظة على البضاعة هو التزام قائم حتى يتم تسليمها إلى الموكل لأن التزامه هنا هو التزام بنتيجة، فإذا قصر في ذلك كان مسئولاً أمام الموكل عن الضرر الذي أصابه بسبب تلف البضاعة أو هلاكها وإذا أخل الوكيل بالعمولة بالالتزام الملقى على عاتقه وذلك في حالة تلف البضاعة أو تعرضها للهلاك فإنه يكون مسئولاً عن ذلك بتعويض الموكل عن الضرر الذي أصابه وذلك وفقاً لقواعد المسئولية العقدية، وهو ما أكدته محكمة النقض في الطعن المطروح أمامها[٢] بهذا الشأن.

---

١) راجع في ذلك: نقض مدني الطعن رقم ٦٩٢ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٨م السنة ٣٤ صـ٨٢٥، الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨٣/٤/١٨م السنة ٣٤ صـ٩٩١، الطعن رقم ٣٢٠ لسنة ٧١ق جلسة ٢٠٠٢/٤/١١م (حكم غير منشور).

٢) راجع في ذلك: نقض مدني الطعن رقم ١٤٢ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨١/١٠/٢٦م.

الغصن الثالث

موقف الفقه والقضاء بشأن معيار التمييز بين الوكالة العادية والوكالة بالعمولة

الوكيل بالعمولة يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي لا باسم الموكل على أن يلتزم بعد ذلك بنقل الآثار المترتبة على هذا التعاقد من حقوق والتزامات إلى ذمة الموكل وهو يختلف في ذلك عن الوكيل العادي الذي يتعاقد مع الغير باسم الموكل لا باسمه الشخصي إلا أن هناك خلافاً في الفقه والقضاء حول معيار التمييز بينهما حيث وضع الفقه والقضاء بعض المعايير للتمييز بين الوكالة العادية والوكالة بالعمولة.

فيرى جانب من الفقه(١) أن معيار التفرقة يجب أن يرجع إلى طبيعة العملية الموكول إلى الوكيل التصرف فيها فإذا كان هذا التصرف عملاً تجارياً والوكيل محترفاً اعتبر العقد وكالة بالعمولة وإلا فهو وكالة عادية تخضع للقانون المدني، وحجة أنصار هذا الرأي أن الوكالة بالعمولة عقد ورد تنظيمه بالمجموعة التجارية فلا يعد وكالة بالعمولة إلا إذا تعلق بعمل تجاري دون نظر لوسيلة التعاقد(٢) وتطبيقاً لهذا الرأي يعد وكالة بالعمولة العقد الذي يلتزم فيه الوكيل ببيع منتجات مصنع أو متجر لأن هذا البيع تجاري بعكس ما إذا كان محل الوكالة منتجات أرض زراعية لأن هذه الأخيرة عمل مدني ويمكن الرد على أنصار هذا الرأي بأنه ليس منطقياً اعتبار الشخص وكيلاً بالعمولة لمجرد أن محل الوكالة منتجات تجارية كلف ببيعها أو شرائها لمتجر أو مصنع في حين يعد وكيلاً عادياً إذا كان محل الوكالة منصباً على شراء إنتاج ذهني أو أدبي، وبالتالي يحرم هذا الأخير من ضمانات الوكيل بالعمولة.

وظهر فريق آخر من الفقه يعتمد في التفرقة بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية على طبيعة الأشياء التي يرد عليها تعاقد الوكيل(٣) فإذا ما تعلقت هذه

---

1) Lyon et Reno, T,3, P.429- pa. 414 .

٢) يستند أنصار هذا الرأي إلى أن المادة ٢/٩٤ تجاري فرنسي (والتي تقابل المادة ٨٣ تجاري مصري ملغي) تذكر الشخص الذي يتعاقد باسم موكله لا باسمه هو ومع ذلك تسميه وكيلاً بالعمولة مما يدل على أن المشرع لا يعتد في رأيهم في التمييز بين الوكالتين بالطريقة التي يتعامل بها الوكيل مع الغير كما يستند هذا الرأي إلى نص المادة ١٠٦ مدني مصري.

3) Valiso et Brosso, T, 1.No: 110 .

التصرفات بتداول منتجات أو نقود، أو صكوك تجارية فنحن بصدد عقد وكالة بالعمولة وإلا كنا بصدد عقد وكالة عادية، وقد أخذت بعض الأحكام بهذا الأساس للتمييز بين نوعى الوكالة[١]، ويستند أنصار هذا الرأى إلى أن فكرة التجارة بذاتها تكون فى تداول المنتجات والصكوك التجارية وبذلك لا أهمية وفقاً لهذا الرأى للوسيلة التى يتعاقد بها الوكيل أى سواء كان يجرى التصرف باسمه ولحساب الموكل خاصة وأن الوكالة العادية يمكن أن يتصرف الوكيل فيها باسمه الشخصى كما هو الحال فى الوكالة المستترة، كذلك لا أهمية فى نظر هؤلاء الفقهاء لطبيعة العملية تجارية كانت أو مدنية. ويؤخذ على هذا الرأى مخالفته لصريح نص المادة ٨١ تجارى ملغى علاوة على أنه يتضمن خلطاً بين الوكالة بالعمولة، والوكالة التجارية مما يترتب عليه تعميم الامتيازات الخاصة بالوكيل بالعمولة على باقى الوكلاء التجاريين، وهو ما لم يقصده المشرع.

ويرى جانب من الفقه[٢] أن وضع معيار فاصل بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية يقتضى الوقوف على فلسفة الوكالة بالعمولة، ومدى تطابقها مع فكرة النيابة فى التعاقد حيث إن جوهر الأخيرة يكمن فى انصراف قصد النائب نحو القيام بالمشاركة بإرادته فى إبرام العقد فحسب مع الأغيار، وأما بالنسبة للآثار المترتبة على هذا العقد فإنها تنصرف فى ذمة الأصيل مباشرة ولا تنصرف فى ذمة النائب بالمرة حتى ولو كانت نيابته شاملة لمرحلة تنفيذ العقد، لأنه يعتبر فى هذه الحالة مجرد أمين على هذه الحقوق[٣] وبالتالى لا يجوز له التصرف فيها بأى وجه من أوجه التصرف، كما لا يجوز لدائنيه الحجز عليها كما لا يكون ملتزماً بالوفاء بحقوق المتعاقد معه من ذمته المالية، وعلى ذلك فالنائب عندما يعبر عن صفته فى

---

1) **Jugement de tribunal Anger seanea 24/7/1948- Revue fasulaure, 1949, N°. 1, P.361.**

ونقض مدنى- الطعنان رقما ٣٧٩، ٣٨٢ لسنة٢٢ق جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨- مجموعة النقض المدنى السنة٧ صـ٧٦٧، الطعنان رقما ٣٩٦، ٣٩٨ السنة٣٧ق جلسة ١٩٧٤/٣/١٢- مجموعة النقض المدنى السنة٢٥ صـ٤٩٢ .

٢) **راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد - المرجع السابق صـ١٦٣ وما بعدها.**

٣) **راجع فى ذلك: دكتور عبد الحى حجازى - المرجع السابق صـ٧٩٨، دكتور/ عبد الرزاق السنهورى الوسيط جـ٧ صـ٨٢٥ وما بعدها ونظرية العقد صـ٢٢٠، دكتور/ محمد زكى عبد المتعال - البحث السابق صـ٨، ٩، ١٠.**

التعاقد وأنه يبغى التعاقد لمصلحة الأصيل، فإنه يريد أن يخبر الغير المتعاقد معه بأن آثار هذا التعاقد سوف تتصرف فى ذمة شخص آخر، وإذا كان المشرع قد تطلب من أجل قيام الرابطة العقدية بين المتعاقد مع النائب والأصيل أن يتم التعاقد باسم الأخير وذلك بهدف حماية مصالح الأصيل، وإتاحة الفرصة للغير للتعرف على الشخص الذى سيكون طرفاً فى العقد أثناء إنتاجه لآثاره، وذلك انطلاقاً من أن التعاقد الذى يتم من خلال فكرة النيابة فى التعاقد يأتى على خلاف الأصل العام فى التعاقد الذى يقضى بأن آثار العقد تتصرف فى ذمة من يشارك فى إبرامه، وإذا كان التعبير الصريح أو الضمنى الصادر من النائب يتضمن معطيات توضح – وفقاً لمعيار الرجل العادى – أنه يتعاقد باسم الأصيل، فمعنى ذلك أنه يتطابق مع محتوى قصده من ناحية الأثر الاقتصادى والقانونى فى نفس الوقت، وعلى العكس من ذلك إذا لم يصرح النائب – صراحة أو ضمناً – بأنه يتعاقد لمصلحة شخص محدد فإنه فى هذه الحالة نواجه مسألة اختلاف التعبير مع محتوى القصد من جهة الأثر الاقتصادى والقانونى.

وبناء على ذلك قرر المشرع بأن آثار الرابطة العقدية لا تتصرف فى ذمة الأصيل إلا إذا كان الغير المتعاقد مع النائب يعلم بصفة هذا الأخير الحقيقية فى التعاقد، أو لم تكن له مصلحة فى تحديد الشخص الذى تتأثر ذمته المالية بآثار تلك الرابطة، فإذا ما توافرت إحدى هاتين الحالتين فالعلاقة التعاقدية تقوم بين المتعاقد مع النائب والأصيل وينتهى دور النائب ويصبح بالتالى أجنبياً عن آثار هذه العلاقة[1].

وعلى العكس من ذلك بالنسبة للنظام القانونى للوكالة بالعمولة، فإن الوكيل بالعمولة لا يقتصر دوره على المشاركة فى إبرام العقد مع الغير لحساب الموكل كما هو الشأن بالنسبة للنائب، ولكن يظل موجوداً على مسرح التعاقد إلى حين الانتهاء من تنفيذ الالتزامات الناتجة عن العقد الذى شارك فى إبرامه مع أحد الأغيار، إلا أن تواجده على هذا النحو يختلف عن بقاء النائب إذا كان سند النيابة يخوله ذلك،

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ١٦٥.

فالوكيل بالعمولة يكتسب صفة الطرف بمعناه المادى والموضوعى فى العقد الـذى يشارك فى إبرامه مع الأغيار، ومن ثم فإنه يكون هو الدائن والمدين فى مواجهـة الغير المتعاقد معه، ومعنى ذلك أن جوهر الوكالة بالعمولة يكمن فى انصراف قصد الوكيل بالعمولة إلى إبرام العقد مع الأغيار وتأثر ذمته المالية بآثار العقـد، وعلـى ذلك فإن هذه الآثار لا تنصرف فى ذمة الموكل مباشرة كما هو الحال بالنسبة للنظام القانونى للنيابة فى التعاقد، ولكن يجب أن تمر بذمة الوكيل بالعمولة[1] وبالتالى يمكن لهذا الأخير أن يتصرف فى هذه الحقوق الناتجة عن العقد، دون أن يخضع لأحكـام التصرف فى ملك الغير كما هو الشأن بالنسبة للنائب لأن الوكيل بالعمولـة يعتبـر مالكاً لهذه الحقوق طالما أنها دخلت فى ذمته المالية ولم يقم بنقلها إلى الموكل، وبناء عليه فالوكيل بالعمولة عندما يعبر عن إرادته فى التعاقد فإنه يريد إخبار الغير بـأن آثار العقد المراد إبرامه تنصرف فى ذمته المالية، ويرى أنصار هذا الرأى أنـه إذا اتجه قصد الوكيل بالعمولة إلى التعاقد وفقاً لأحكام الوكالة العادية فإننا نكون بصدد وكالة عادية، وإذا اتجه قصده نحو التعاقد وفقاً لأحكام الوكالة بالعمولة فإننا نكـون بصدد وكالة بالعمولة، وبذلك فإن معيار التفرقة بينهما ينحصر فى حدود القـصد، فإذا كان قصد الوكيل بالعمولة قد انصرف إلى مشاركته فى إبرام العقد، وتأثر ذمته المالية بآثاره فإنه يكتسب صفة الوكيل بالعمولة، وعلى العكس من ذلـك إذا كـان قصده اتجه إلى أن يقتصر دوره على المشاركة فى إبرام العقد فإنه يعتبـر وكـيلاً عادياً بغض النظر عما إذا كان قد أفصح عن ذلك – صراحة أو ضمناً – من عدمه وبغض النظر – فى حالة عدم الإعلان – عما إذا كان الغير الذى ساهم معـه فـى تكوين العقد – بعلم – حقيقة أو حكماً – بذلك أم لا[2].

على أن الرأى الراجح[3] فقهاً يعتبر التمييز بين نوعى الوكالة فى الطريقـة

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ حسنى المصرى – القانون التجارى – العقود التجارية – الطبعة الأولى سنة ١٩٨٨م صـ١٦٥، ١٦٦، دكتورة/ سميحة القليوبى – المرجع السابق صـ٨٧ وما بعدها، دكتور/ محمد بهجت عبد الله قايد – المرجع السابق – صـ٩٦، دكتور/ هانى محمد دويدار – المرجع السابق صـ٤٧.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل زكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ١٦٩.

3) Askura: No, 653, P.63 et Hollbeer, No. 171, Pierre Marbon P.123, No.1 et Robber, No., 2534.

والوسيلة التى يتصرف بها الوكيل فى العمل المعهود إليه فإذا كان يتصرف مع الغير باسمه ويبدو فى تعامله وكأنه الطرف الأصلى فى التعاقد، فنحن بصدد عقد وكالة بالعمولة، أما إذا كان الوكيل يتصرف فى مواجهة الغير بوصفه نائباً عن الموكل، ويبرز صفته فى التعاقد فهى وكالة عادية. ووفقاً لأنصار هذا الرأى إنه لا أهمية لطبيعة العملية ذاتها أو طبيعة الأشياء التى يرد عليها تعاقد الوكيل بالعمولة.

وهذا الرأى فى الواقع تؤيده نصوص القانون التجارى الملغى حيث تنص المادة ٨١ على أن الوكيل بالعمولة هو الذى يعمل باسم نفسه أو باسم شركة بأمر الموكل على ذمته فى مقابل أجرة أو عمونة، كما أن المادة ٨٣ من هذا القانون تنص على أنه «إذا عقد الوكيل بالعمولة عقداً باسم موكله بناء على إذن منه فلكل من الموكل والمعقود معه إقامة الطلب على الآخر وتراعى فيما للوكيل المذكور من الحقوق وما عليه من الواجبات القواعد المقررة للتوكيل فقط» وهذا النص يعنى أن الوكيل بالعمولة إذا ما تعاقد باسم موكله تكون العلاقة مباشرة بين الغير والموكل ويخضع الموكل من حيث مركز الوكيل إلى القواعد العامة فى القانون المدنى رغم كونه وكيلاً بالعمولة، ونتيجة لهذا التكييف فإن الوكيل بالعمولة لا يتمتع بالضمانات المنصوص عليها فى القانون التجارى لأنه فى حقيقة الأمر عندما يتعاقد باسم موكله لا يتعرض لأى مخاطر نتيجة تعاقده مع الغير لأنه يوقع العقد باسم موكله.

وتنص المادة ١٦٦ من التقنين التجارى الحديث على أن «١- الوكالة بالعمولة عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بأنه يجرى باسمه تصرفاً قانونياً لحساب الموكل ٢- ...» وبذلك يحسم هذا النص وبحق الخلاف الذى ثار فى الفقه والقضاء المصرى حول المعيار الذى يفرق بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية، بحيث أصبح المعيار الذى يميز بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية ينحصر فى الطريقة أو الوسيلة التى يتصرف بها الوكيل بالعمولة والتى يبرم بمقتضاها التصرف القانونى لحساب الموكل، فإذا كان يتعاقد مع الغير باسمه الشخصى لا باسم الموكل

= دكتورة/ سوزان علي حسن - مسئولية الوكيل بالعمولة للنقل فى النقل الداخلى والدولى والمتعدد الوسائط ١٩٩٩- منشأة المعارف بالإسكندرية صـ١٣٧ وما بعدها، دكتور/ عبد الحى حجازى - محاضرات فى العقود التجارية(*) مطبعة نهضة مصر صـ٤٤، ٤٥، ٤٦.

بحيث يبدو فى الظاهر على أنه المتعاقد الحقيقى والطرف الأصلى فى التعاقد وأن ذمته المالية سوف تتأثر بثمار العقد كنا بصدد وكالة بالعمولة وإذا كان يتعاقد مع الغير باسم الموكل لا باسمه الشخصى بحيث يبدو الموكل أمام الغير على أنه الطرف الحقيقى والمتعاقد الأصلى كنا بصدد وكالة عادية.

ومن البدهى أنه يجب لاعتبار العقد وكالة بالعمولة أن يكون الوكيل قد اتخذ من القيام بالعمليات التجارية لحساب الغير حرفة يتعيش منها وذلك طبقاً لما صرحت به المادة ١٤٨ من التقنين التجارى الحديث والتى جرى نصها على أنه «تطبق أحكام الوكالة التجارية إذا كان الوكيل محترفاً إجراء المعاملات التجارية لحساب الغير» ويتضح من هذا النص أنه يشترط لاعتبار الوكالة تجارية أن يكون محل نشاط الوكيل القيام بالأعمال التجارية لحساب الغير أياً كانت الطريقة التى يتبعها فى هذا الشأن، أى سواء قام بالعمل باسمه الشخصى أو باسم موكله ويجب أيضاً أن يحترف الوكيل التجارى هذا النشاط بأن يمارس هذا النشاط بصورة منتظمة ومستمرة مع اتخاذه مهنة للحصول على الرزق.

ويختلف تكييف الوكالة بالعمولة فى هذا الصدد عن حالة توقيع الوكيل العقد باسم موكله ولكن دون إذن منه إذ يعد الوكيل فى هذه الحالة فضولياً وفقاً لنص المادة ٨٤ تجارى ملغى ويتوقف نفاذ العقد فى حق الموكل على إجازة هذا الأخير، وإذا أجازه الموكل خضع العقد لأحكام الوكالة فى القانون المدنى.

ولقد نصت المادة ١٥١ من التقنين التجارى الجديد على أنه «١- على الوكيل إتباع تعليمات الموكل فإذا خالفها دون مسوغ مقبول جاز للموكل رفض الصفقة. ٢- وإذا لم توجد تعليمات من الموكل بشأن الصفقة فعلى الوكيل تأخير إبرامها وطلب التعليمات من الموكل إلا إذا كان تأخير الصفقة يلحق الضرر بالموكل أو كان الوكيل مفوضاً فى العمل بغير تعليمات منه» وبذلك أكدت المادة ١/١٥١ تجارى ما ذهب إليه الفقه والقضاء فى مصر فى ظل التقنين التجارى الملغى من ضرورة إتباع الوكيل لتعليمات الموكل الآمرة فإذا خالفها دون مبرر مشروع كان للموكل أن يرفض الصفقة، فإذا لم تكن هناك تعليمات صادرة من الموكل بشأن الصفقة المطلوب إبرامها تعين على الوكيل تأخير إبرام الصفقة وطلب

التعليمات من الموكل إلا إذا كان من شأن تأخير الصفقة إلحاق الضرر بالموكل أو كان الوكيل مفوضاً في العمل بغير تعليمات من الموكل، ويعني ذلك أنه في غياب تفويض صريح في العقد يعطي للوكيل العمل بدون تعليمات يجب على الوكيل أن يطلب التعليمات من الموكل بشأن كل صفقة يعقدها.

ويختلف هذا الحكم عما جرى عليه العمل في التقنين الملغي وهو اختلاف يبرره أن ما حدث من تطور في وسائل الاتصال الحديثة قد جعل من المحتم على الوكيل بالعمولة الاتصال بموكله للحصول على تعليماته البيانية أينما كان وبالسرعة الكبيرة.

ويشترط جانب من الفقه المصري[1] شرطاً آخر إلى جوار طريقة التصرف هو شرط الاحتراف وذلك لأنه وفقاً لنص المادة الثانية من الفقرة الثانية من قانون التجارة المصري تعتبر أعمال الوكالة بالعمولة تجارية إذا تمت على سبيل الاحتراف (تقابلها المادة ٦٣٣ فرنسي) ويضاف إلى هذا الشرط الحالات التي يعتبر فيها العمل تجارياً وهي حالات العمل التجاري بالتبعية.

ولقد استقر القضاء في فرنسا على أن التمييز بين الوكالة العادية والوكالة بالعمولة يقوم على أساس طريقة التصرف خاصة الأحكام المدنية للقضاء الفرنسي[2] ورغم ذلك يرى جانب من الفقه الفرنسي[3] أن هذا المعيار لم يستقر في القضاء الفرنسي.

وكان القضاء المصري متردداً في معيار التمييز بين نوعي الوكالة حيث قضت محكمة النقض[4] بأن «الوكالة بالعمولة تتميز عن الوكالة العادية بطبيعة الشئ محل الوكالة فإذا كان من عروض التجارة أو من

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ أكثم الخولي- المرجع السابق صـ١٨٨، دكتور/ علي البارودي- المرجع السابق صـ٤٤، ٤٥، دكتور/ علي جمال الدين عوض - العقود التجارية ١٩٨٢- دار النهضة العربية صـ١١٦.

2) Cass Francaise la chambre commerciale, Séance 10/2/1970- la revue fasulaie 1970, No. 12 et 13, P.767 et cass, ch, com, 3/5/1965- el Bltan, 111 No. 280.

3) Rodbeer, No. 171 et 173.

٤) راجع في ذلك: نقض مدني- مجموعة النقض المدني ٧-٧٦٧ جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨، حكم رقم ١٠٢ لسنة ٣٨ق المجموعة صـ٨٧٧ السنة ١٤ صـ٧٣٦ جلسة ١٩٧٣/٦/٧.

البضائع أو من الصكوك المتداولة اعتبرت وكالـة بالعمولـة ومـن ثـم تسرى عليها أحكام قانون التجارة بقطع النظر عـن صـفة الموكـل الـذى قـد يكـون العمل مدنياً أو تجارياً بالنسبة له ...».

وفى حكم آخر(١) قضت محكمة النقض بأن الوكالة بالعمولـة «تقتـضى أن يبيع الوكيل بالعمولة باسمه ولحساب الموكل ما يوكله الأخير فى بيعه» كما قـضت أيضاً بأنه متى كان الوكيل بالعمولة قد تعاقد لحساب موكله باسم نفسه فإن الموكـل يبقى أجنبياً عن العقد ولا تنشأ بينه وبين من تعاقد مع الوكيل علاقة قانونية تجيـز لأحدهما الرجوع على الآخر بدعوى مباشرة.

إلا أن محكمة النقض قضت فى حكم آخر لها باعتبار الوكالة بالعمولة تتميز عن الوكالة العادية على أساس طبيعة الشيء محل الوكالة، ونقض حكـم محكمـة الاستئناف الذى أخذ بمعيار طريقة تصرف الوكيل(٢).

وعادت محكمة النقض فى أحكامها الحديثة إلى ما سبق أن أخذت بـه ومـا استقر عليه الفقه من اعتبار تعاقد الوكيل بالعمولة باسمه الشخـصى المميـز بـين الوكالة العادية والوكالة بالعمولة وقضت بأن مفاد نص المادة ٨١ من قانون التجارة الملغى أن الوكيل بالعمولة فرداً كان أم شركة يتعاقد مع الغيـر أصـيلاً فيكتـسب الحقوق ويتعهد بالالتزامات إزاء الغير الذى يتعاقد معه ولكنه فى حقيقة الأمر ليس الأصيل وإنما يعمل لحساب الموكل الذى كلفه بالتعاقد(٣).

وبذلك فإن معيار طبيعة الصفقة التى يعقدها الوكيل بالعمولة أو معيار طبيعة الأشياء التى يرد عليها تعاقده أو معيار القصد أى التعويل على قصد الوكيل أثنـاء

---

١) راجع فى ذلك: نقض مدنى- الطعن رقم ٣٦٦ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٣/٥/٢٧، الطعن رقم ٦٩٢ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٨ السنة ٣٤ صـ٨٢٥، الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨٣/٤/١٨ السنة ٣٤ صـ٩٩١.

٢) راجع فى ذلك: نقض مدنى- الطعن رقم ٣٩٦ والطعن رقم ٣٩٨ لسنة٣٧ق جلسة ١٢ مارس ١٩٧٤.

٣) راجع فى ذلك: نقض مدنى- الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨٣/٤/١٨ السنة ٣٤ صـ٩٩١، الطعن رقم ٦٩٢ السنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٨ السنة ٣٤ صـ٨٢٥، الطعن رقم ٣٢٠ السنة ٧١ق جلسة ٢٠٠٢/٤/١١ (حكم غير منشور).

التعاقد، وعما إذا كان يتعاقد طبقاً لأحكام الوكالة العادية أو أحكام الوكالة بالعمولة، لا تصلح كمعيار حاسم للتمييز بين الوكالة العادية والوكالة بالعمولـــة، وأن معيـــار طريقة التصرف هو المعيار الذى يفرق بين نوعى الوكالة فمن خلال الطريقـــة أو الوسيلة التى يتصرف بها الوكيل يمكن تحديد نوع الوكالة عادية أو بالعمولة، وعلى ذلك إذا كان الوكيل يتصرف فى تعاقده مع الغير باسمه الشخصى فإننا نكون بصدد وكالة بالعمولة وإذا ما كان يتصرف مع الغير باسم الموكل كنا بصدد وكالة عادية، وهو ما أجمع عليه الفقه والقضاء كما سبق القول[1].

---

١) راجع فى ذلك: صـــ٢٥٤ ومابعدها من الرسالة.

الغصن الرابع
رأى الباحث فى هذه المسألة

وبعد استعراض رأى الفقه والقضاء حول معيار التمييز بين الوكالة العادية والوكالة بالعمولة، فأننى أرى أن معيار طبيعة الصفقة التى يعقدها الوكيل بالعمولة وعما إذا كانت عملاً تجارياً أو غير تجارى، وكذا معيار طبيعة الأشياء التى يتعاقد عليها وعما إذا كانت ذا طبيعة تجارية أو مدنية، وكذلك معيار القصد والذى مفاده أنه إذا كان الوكيل يتعاقد وفقاً لأحكام الوكالة بالعمولة كانت الوكالة بالعمولة وإذا كان يتعاقد وفقاً لأحكام الوكالة العادية عُدت الوكالة عادية لا تصلح جميعها كمعيار حاسم للتمييز بين الوكالة العادية والوكالة بالعمولة، وأن معيار التمييز بينهما ينحصر فى الوسيلة أو الطريقة التى يتصرف بها الوكيل بالعمولة فى العمل المعهود به إليه، فإذا كان يتصرف مع الغير باسمه الشخصى بحيث يبدون وكأنه الطرف الأصلى فى التعاقد والمتعاقد لمصلحته الشخصية فنحن بصدد وكالة بالعمولة، أما إذا كان يتصرف فى مواجهة الغير بصفته نائباً عن الموكل ويبرز صفته فى التعاقد فهى وكالة عادية وهذا هو الرأى الذى أؤيده وتؤيده الأسانيد الآتية:

أولاً: أن الوكيل إذا لم يفصح عن حقيقة صفته فى التعاقد – صراحة أو ضمناً – للغير الذى يتعاقد معه، وعما إذا كان يتعاقد لمصلحته الشخصية أم لمصلحة شخص محدد وان المتعاقد معه لم يعلم – حقيقة أو حكماً – حقيقة قصده فى التعاقد فإن العقد لا يتم فى هذه الحالة لعدم سلامة الرضاء وسوف نواجه مسألة اختلاف معطيات التعبير مع حقيقة قصد صاحبه وعلى أيهما يتم التعويل من جانب المتعاقد مع الوكيل، ومرد ذلك أن مسألة القصد أمر نفسى داخلى كامن فى نفس الوكيل لا يمكن للمتعاقد معه أن يكشف عن هذه المسألة ما لم يفصح الوكيل صراحة أو ضمناً عن حقيقة قصده، وبناء على ذلك نرى أن معيار القصد لا يصلح للتمييز بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية. وأن معيار التمييز الصحيح بينهما ينحصر فى طريقة التصرف أى الطريقة أو الوسيلة التى يتصرف بها الوكيل مع الغير المتعاقد معه، فإذا كان الوكيل أثناء إبرامه العقد قد تعاقد باسمه الشخصى

بحيث يبدو أمام الغير الذى تعاقد معه أنه المتعاقد الأصلى وأنه الطرف الحقيقى فى التعاقد وأن ذمته المالية سوف تتأثر بثمار العقد فإنه فى هذه الحالة يكتسب صفة الوكيل بالعمولة، وعلى العكس من ذلك إذا تصرف الوكيل أثناء التعاقد وتعاقد باسم الموكل بحيث يبدو أمام الغير أنه يتعاقد بصفته نائباً عن موكله وعدم تأثر ذمته المالية بآثار العقد الذى ساهم فى إبرامه فإنه يعتبر وكيلاً عادياً وهو ما أجمع عليه الفقه[١] والقضاء[٢].

ثانياً: أن نصوص القانون التجارى الجديد تؤيد هذا الرأى حيث تنص المادة ١/١٦٦ على أن «١- الوكالة بالعمولة عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بأن يجرى باسمه تصرفاً قانونياً لحساب الموكل.» كما تنص المادة ٨٣ تجارى ملغى على أنه «إذا عقد الوكيل بالعمولة عقداً باسم موكله بناء على إذن منه فلكل من الموكل والمعقود معه إقامة الطلب على الآخر وتراعى فيما للوكيل المذكور من الحقوق وما عليه من الواجبات المقررة للتوكيل فقط» وتنص المادة ٢/١٧٤ تجارى جديد على أنه «٢- ليس للغير الذى تعاقد مع الوكيل بالعمولة الرجوع على الموكل ولا للموكل الرجوع على الغير بدعوى مباشرة ما لم ينص القانون على غير ذلك.»

ونص المادة ٨٣ تجارى ملغى يعنى أن الوكيل بالعمولة إذا ما تعاقد باسم موكله تكون العلاقة مباشرة بين الغير والموكل، ويخضع هذا الأخير من حيث مركز الوكيل إلى القواعد العامة فى القانون المدنى رغم كونه وكيلاً بالعمولة، ونتيجة لهذا التكييف فإن الوكيل بالعمولة لا يتمتع بالضمانات المنصوص عليها فى القانون التجارى لأنه فى حقيقة الأمر عندما يتعاقد باسم موكله لا يتعرض لأية مخاطر نتيجة تعاقده مع الغير، لأنه يوقع العقد باسم موكله ويختلف تكييف الوكالة بالعمولة فى هذا الصدد عن حالة توقيع الوكيل العقد باسم موكله ولكن دون إذن منه إذ يعد الوكيل فى هذه الحالة فضولياً وفقاً لنص المادة ٨٤ تجارى ملغى، ويتوقف نفاذ العقد فى حق الموكل على إجازة هذا الأخير، وإذا أجازه الموكل خضع العقد لأحكام الوكالة فى القانون المدنى.

---

1) Askara, No. 688, P. 260 et Robeer, No. 171, Pieru et Marbon, p. 125, No. 1 et Robeer, No. 2634.

٢) راجع فى ذلك: صـ٢٥٤، ٢٥٥ من الرسالة.

ونص المادة ٢/١٧٤ تجارى جديد قد جاء بأحكام لا تختلف عن تلك التـي استقر عليها الفقه والقضاء فى مصر فى ظل التقنين التجارى الملغى، حيث يعتبـر الموكل أجنبياً عن العقد المبرم بين الوكيل بالعمولة والغير، ومن ثم فلا يكـون لـه الحق فى الرجوع على هذا الأخير بدعوى غير مباشرة، كما لا يكون للغير الرجوع عليه مباشرة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ومن الطبيعى أن يكون لكل مـن الموكل والغير الرجوع على بعضهما بالدعوى غير المباشرة إذا توافرت شـروطها طبقاً للقواعد العامة.

ثالثاً: أن معيار القصد الذى قال به الرأى سالف الإشارة إليه هو أمر نفسى داخلى يكمن فى نفس الوكيل، وأن طريقة التصرف هى الترجمة الخارجية لعنصر القصد أى طريقة التصرف هى مرآة القصد وأنه لولا الطريقة أو الوسـيلة التـى يتصرف بها الوكيل لما ظهر القصد، أى أن القصد هو الغاية وطريقة التصرف هى الوسيلة للتعبير عن هذه الغاية وبذلك فلا يكفى القصد وحده لكى يكون معياراً بـل لابد من وجود الطريقة أو الوسيلة التى يتم التصرف بها والتى من خلالها نتعـرف على القصد الكامن داخل النفس البشرية.

رابعاً: أنه إذا ما أخذنا بمعيار القصد وحده فأننا سنواجه مـسألة اخـتلاف معطيات التعبير مع حقيقة القصد، لأن الوكيل قد يضمر أمراً فى نفسه بأنه يبغـى الإقدام على هذا الأمر ولكنه يظهر من خلال معطيات تعبيره أمراً آخر غيـر مـا يضمره فى نفسه إذاً لابد من وسيلة معلنة تعكس حقيقة القصد وما هذه الوسـيلة إلا التعبير عن الإرادة.

خامساً: أن المشرع المصرى إذا كان قد أخذ بنظرية الإرادة الباطنة كوسيلة للتعبير عن الإرادة إلا أنه لم يأخذ بها بشكل مطلق، ولكنه خفف منها بالأخذ بنظرية الثقة، وذلك دعماً لاستقرار المعاملات. وبذلك فقد مزج المـشرع المـصرى بـين نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة، ومن تطبيقات ذلك نظرية عيـوب الإرادة فالمشرع يعتد بالغلط والإكراه والتدليس، ويعتبرهم موجبة للبطلان النـسبى فى التصرف القانونى، وذلك إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، والاعتداد بالإرادة الباطنة إلا أنه من ناحية أخرى استبعد البطلان النسبى إذا كان المتعاقد لا يعلم ولم يكن فى

استطاعته أن يعلم[١] بالعيب الذى لحق بإرادة الطرف الآخر حرصاً منه على استقرار المعاملات فضلاً عن الشروط الأخرى التى وضعها المشرع، مثل شرط أن يكون الغلط جوهرياً كذلك الحال فى أحكام الصورية فإن المشرع يعتد بالاتفاق الحقيقى بين أطراف التصرف القانونى فى حين أنه يجوز للغير أن يتمسك بالاتفاق الظاهر الذى ركن إليه[٢] وكذلك الحال فى تفسير العقد إذا كان هناك محل للتفسير بحثاً عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ[٣] ومع ذلك إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقد (المادة ١/١٥٠ مدنى) كما أنه من يصدر تعبيراً عن إرادته ثم يتمسك بعدم مطابقة التعبير للإرادة الباطنة قد يسأل عن تعويض ما أصاب الطرف الآخر من ضرر إذا كان قد ارتكب خطأ جسيماً فى التعبير عن الإرادة وقد يجد القاضى أن خير وسيلة للتعويض هو إنعقاد العقد.

سادساً: أن القضاء فى كل من فرنسا ومصر أخذ بهذا المعيار حيث استقر القضاء الفرنسى[٤] على أن معيار التمييز بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية يقوم على أساس طريقة التصرف التى يعبر بها الوكيل عن إرادته عند التعاقد مع الغير، واستقر القضاء فى مصر[٥] على ذلك حيث قضت محكمة النقض فى أحكامها الحديثة بأن تعاقد الوكيل بالعمولة باسمه الشخصى هو المميز بين الوكالة العادية والوكالة بالعمولة، وأن مفاد نص المادة ٨١ تجارى أن الوكيل بالعمولة فرداً كان أم شركة يتعاقد مع الغير أصيلاً فيكتسب الحقوق ويتعهد بالالتزامات إزاء الغير الذى

---

١) راجع فى ذلك: المادة ١٢٠ مدنى فى الغلط والمادة ١٢٦ مدنى فى التدليس والمادة ١٢٨ مدنى فى الإكراه.

٢) راجع فى ذلك: المادة ٢٤٤ مدنى، المادة ٢٤٥ مدنى.

٣) راجع فى ذلك: المادة ١٥٠ مدنى.

4) Cass, Francaise la chamber commerciale, séance No, 10/2/1970- la revue fasulia 1970, No. 12 et 13, P. 767 et cass, CH, com, 3/5/1965- el Beltan, 111, No: 280 .

٥) راجع فى ذلك: نقض مدنى- الطعن رقم ٣٦٦ لسنة٢٧ق جلسة ١٩٦٣/٥/٢٧، الطعن رقم ٩٦٠ لسنة٤٦ق جلسة ١٩٨٣/٤/١٨ السنة٣٤ صـ٩٩١، الطعن رقم ٦٩٢ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٨ السنة٣٤ صـ٨٢٥ ، الطعن رقم ٣٢٠ لسنة٧١ق جلسة ٢٠٠٢/٤/١١ (حكم غير منشور).

تعاقد معه ولكنه فى حقيقة الأمر ليس بالأصيل وإنما هو يعمل لحساب الموكل الذى كلفه بالتعاقد.

سابعاً: أن الرأى الراجح فقهاً قد أخذ بمعيار طريقة التصرف[1] للتمييز بين نوعى الوكالة أى بالوسيلة أو الطريقة التى يتصرف بها الوكيل فى العمل المعهود إليه القيام به فإذا كان يتصرف باسمه الشخصى فى مواجهة الغير، ويبدو وكأنه الطرف الأصلى فى التعاقد فنكون بصدد وكالة بالعمولة، أما إذا كان الوكيل يتصرف فى مواجهة الغير بوصفه نائباً عن الموكل ويبرز صفته الحقيقية فى التعاقد فهى وكالة عادية وأنه لا أهمية لطبيعة العملية أو طبيعة الأشياء التى يرد عليها تعاقد الوكيل بالعمولة. وبناء على ذلك إذا كان تعريف عقد الوكالة قد جاء فى نص المادة ٦٩٩ مدنى عاماً مما يتعين صرفه إلى الوكالة بالعمولة والعادية، إلا أن إرادة المشرع الحقيقية قد انصرفت إلى تنظيم آثار الوكالة العادية فقط، أما بخصوص الوكالة بالعمولة فنظراً لأنها تجد مجالاً خصباً فى الأعمال التجارية فقد ترك تنظيمها للقانون التجارى فى المواد من ١٤٨-١٧٦ تجارى، وبالنسبة للعقد الذى يتم إبرامه من خلالها ولا يخضع لأحكام الوكالة العادية من ناحية الآثار أو الجهل أو العلم ببعض الظروف الخاصة بالتعاقد حيث إن الوكيل بالعمولة هو الذى يكون محل اعتبار عند النظر فى عيوب الإرادة أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتماً، وهو أمر طبيعى ومنطقى لأنه يظل متوجداً على ساحة التعاقد نظراً لأن آثار الرابطة العقدية تنصرف فى ذمته.

وبناء على ذلك فإن معيار طريقة التصرف الذى أجمع عليه الفقه[2] والذى نؤيده حيث أن معيار التمييز بين نوعى الوكالة ينحصر فى الطريقة أو الوسيلة التى يتصرف بها الوكيل فى العمل المعهود إليه فإذا كان يتصرف باسمه فى مواجهة

---

1) La Jwespurdence francaise: Askara No, 688 p, 60 et Rodbeer No, 171-peero et Maryon p, 25 No. 1 et Robeer, No, 2634.

والفقه المصرى: دكتور/ أكثم الخولى- المرجع السابق ص١٨٨، دكتور/ علي البارودى- المرجع السابق ص٤٤، ٤٥، دكتور/ علي جمال الدين عوض - العقود التجارية ١٩٨٢ دار النهضة العربية ص١١٦.

2) Askara, No. 688, P. 260 et Robeer, No. 171, *Pieru et Marbon*, p. 125, No. 1 et Robeer. No. 2634.

الغير ويبدو وكأنه الطرف الأصلي في التعاقد فنحن بصدد عقد وكالة بالعمولة، أما إذا كان الوكيل يتصرف في مواجهة الغير بوصفه نائباً عن الموكل ويبرز صفته في التعاقد فهي وكالة عادية، ووفقاً لأنصار هذا الرأي إنه لا أهمية لطبيعة العملية ذاتها أو طبيعة الأشياء التي يرد عليها تعاقد الوكيل بالعمولة، وهذا الرأي في الواقع تؤيده نصوص القانون التجاري حيث تقضي المادة ١/١٦٦ تجاري بأن «الوكالة بالعمولة عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بأن يجري باسمه تصرفاً قانونياً لحساب الموكل» وهذا النص المتقدم ذكره يؤكد هذا المعيار الذي قال به أنصار الرأي ذات الإجماع حيث عرف الوكيل بالعمولة، بأنه الشخص الذي يتعاقد مع الغير باسمه شخصياً ويبدو أمام الغير المتعاقد معه على أنه يتعاقد بصفته أصيلاً وليس نائباً، أي يعلن وقت التعاقد صراحة أنه يتعاقد باسمه الشخصي على أن تنصرف آثار هذا التعاقد إلى الموكل الذي يكون قد تعاقد لحسابه منذ البداية على اعتبار أنه المستفيد من تعاقد الوكيل بالعمولة، كما أن المادة ٨٣ تجاري ملغي تنص على أنه «إذا عقد الوكيل بالعمولة عقداً باسم موكله بناء على إذن منه فلكل من الموكل والمعقود معه إقامة الطلب على الآخر وتراعى فيما للوكيل المذكور من الحقوق وما عليه من الواجبات القواعد المقررة للتوكيل فقط» وهذا النص يعني أن الوكيل بالعمولة إذا ما تعاقد باسم موكله تكون العلاقة مباشرة بين الغير والموكل ويخضع الموكل من حيث مركز الوكيل إلى القواعد العامة في القانون المدني رغم كونه وكيلاً بالعمولة، ونتيجة لهذا التكييف فإن الوكيل بالعمولة لا يتمتع بالضمانات المنصوص عليها في القانون التجاري لأنه في حقيقة الأمر عندما يتعاقد باسم موكله لا يتعرض لأي مخاطر نتيجة تعاقده مع الغير لأنه يوقع العقد باسم موكله.

ويختلف تكييف الوكالة بالعمولة في هذا الصدد عن حالة توقيع الوكيل العقد باسم موكله ولكن دون إذن منه إذ يعد الوكيل في هذه الحالة فضولياً وفقاً لنص المادة ٨٤ تجاري ملغي ويتوقف نفاذ العقد في حق الموكل على إجازة هذا الأخير، وإذا أجازه الموكل خضع العقد لأحكام الوكالة في القانون المدني.

ويشترط جانب من الفقه المصرى[١] شرطاً آخر إلى جوار طريقة التصرف هو شرط الاحتراف وذلك لأنه وفقاً لنص المادة ١٤٨ من قانون التجارة الجديد ١٧ لسنة ١٩٩٩ تعتبر أعمال الوكالة بالعمولة تجارية إذا تمت على سبيل الاحتراف (تقابلها المادة ٦٣٣ فرنسى) ويضاف إلى هذا الشرط الحالات التى يعتبر فيها العمل تجارياً وهى حالات العمل التجارى بالتبعية.

وتشترط المادة ١٤٨ تجارى احتراف الوكيل بالعمولة مباشرة التصرفات باسمه لحساب الغير ليخضع لأحكام قانون التجارة، فالقانون لا يسبغ الصفة التجارية إلا على مقاولة الوكالة بالعمولة بمعنى أنه إذا قام الشخص بعدد قليل من التصرفات القانونية مع الغير باسمه ولحساب موكله، فإنه لا يخضع لأحكام قانون التجارة وأن يعد تصرفه وكالة بالعمولة وينظم أحكامها فى هذه الحالة القواعد المنصوص عليها فى القانون المدنى المصرى، فالوكيل بالعمولة وفقاً للقانون التجارى المصرى هو من يحترف التعاقد باسمه الشخصى لحساب الغير نظير أجر سواء لأعمال تجارية أو مدنية[٢]، وبناء على ذلك تعتبر عمليات البيع والشراء التى يقوم بها الوكيل بالعمولة لحساب الموكل أعمالاً تجارية.

غير أن شرط الاحتراف الذى قال به البعض ليس هو الشرط الوحيد لإخضاع الوكالة بالعمولة للقانون التجارى وفقاً للقانون المصرى بل يشترط أيضاً أن يقوم الوكيل بالعمولة بالتصرف باسمه الشخصى لحساب الغير، ذلك أنه من المتصور أن يقوم الشخص بأعمال الوكالة بالعمولة، على سبيل الاحتراف ومع ذلك يخضع لأحكام القانون المدنى وذلك فى الحالات التى يتعاقد فيها باسم موكلة تطبيقاً لنص المادة ٨٣ تجارى ملغى مصرى وكذلك الحال فى فرنسا حيث تعد مقاولة

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ أكثم الخولى- المرجع السابق صـ١٨٨، دكتور/ علي البارودى- المرجع السابق صـ٤٤، ٤٥، دكتور/ علي جمال الدين عوض - العقود التجارية ١٩٨٢- دار النهضة العربية صـ١١٦.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ أكثم الخولى - المرجع السابق صـ١٨٧، دكتور/ على يونس - العقود التجارية وعمليات البنوك(*) دار الحمامية الطباعة صـ١٠٤: ١١٣.

الوكالة بالعمولة عملاً تجارياً بمقتضى المادة ٣/٦٣٢ من المجموعة التجارية، فأعمال الوكالة بالعمولة المنفردة لا تعتبر عملاً تجارياً فى ذاتها[1].

وإذا احترف الوكيل بالعمولة القيام بأعمال الوكالة اعتبر تاجراً تطبيقاً للمادة ١٤٨ من قانون التجارة، والتزم نتيجة لذلك بالتزامات التجار من قيد بالسجل التجارى ومسك الدفاتر التجارية، كما يخضع الوكيل بالعمولة لنظام شهر الإفلاس حتى ولو كان عمله مع الغير يقتصر على القيام بمباشرة تصرفات مدنية كشراء العقارات أو المحاصيل بالإضافة إلى التزامه بالقيد فى سجل الوكلاء التجاريين.

أما بخصوص تجارية عقد الوكالة بالعمولة من جانب الموكل فإن ذلك يتوقف على ما إذا كان التصرف القانونى محل الوكالة مدنياً أم تجارياً بالنسبة إليه فإذا صدر توكيل من الموكل للوكيل لمباشرة عمل تجارى كما إذا كان الوكيل تاجراً، وكان التصرف متعلقاً بعمل من أعمال تجارته أو كان غير تاجر، ولكن التصرف القانونى كان عملاً من أعمال المضاربة كانت الوكالة تجارية بالنسبة إلى الموكل.

وإذا صدر التوكيل من الموكل في تصرف مدنى كما إذا كان الموكل تاجراً ولكن التصرف لا يتعلق بتجارته أو كان غير تاجر ولم يكن التصرف يدخل فى الأعمال التجارية كانت الوكالة مدنية بالنسبة للموكل.

ويترتب على اعتبار عقد الوكالة بالعمولة عقداً تجارياً خضوعه للأحكام الخاصة لهذه العقود من حيث الإثبات والاختصاص القضائى والمهلة القضائية وافتراض التضامن وتقرير فوائد قانونية إلى غير ذلك من الأحكام.

وبناء على ما تقدم فالوكالة بالعمولة نظام قانونى مستقل عن فكرة الوكالة العادية سواء كانت مدنية أو تجارية، وسواء كانت هذه أو تلك مكشوفة أو مستترة وأن معيار التمييز بينهما ينحصر فى الوسيلة أو الطريقة التى يتعامل بها الوكيل مع أحد الأغيار، فإذا كان يتعامل معه باسمه الشخصى كنا بصدد وكالة بالعمولة وإذا كان يتعامل معه باسم موكله كنا بصدد وكالة عادية.

---

1) ASKARA: P, 63, No, 690.

وعلى ذلك فإنه يتعين الفصل بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية المستترة، ومع التسليم بأن كلتيهما ينتج آثاراً اقتصادية واحدة[١] وهى استقرار آثار العقد الذى يتم إبرامه مع أحد الأغيار من خلال إحداهما – فى نهاية الأمر – فى ذمة الموكل[٢] ولكن مرور هذه الآثار بذمة الوكيل يختلف بحسب ما إذا كانت الوكالة عادية أو بالعمولة، ففى الحالة الأولى تنصرف الآثار فى ذمة الموكل مباشرة دون أن تمر بذمة الوكيل، وعلى العكس من ذلك بالنسبة للثانية حيث إن نظامها القانونى يقتضى مرور هذه الآثار بذمة الوكيل. ولاشك أن الاختلاف بين هذين النظامين يرتب آثاراً قانونية مدنية[٣] وجنائية[٤] فى ذات الوقت.

ودور الوكيل فى الحالتين – من حيث المبدأ – واحداً من ناحية مرحلة بناء العلاقة التعاقدية مع أحد الأغيار، ومع ذلك يختلفان من ناحية المركز القانونى فى أثناء إنتاج تلك العلاقة لآثارها، ومع التسليم بوجود تطابق بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية المستترة من ناحية أن الغير قد لا يكون على علم – حقيقى أو حكمى – بصفة الوكيل الحقيقية فى التعاقد، ومع ذلك يختلفان من ناحية الآثار القانونية المترتبة على عدم الإفصاح عن هذه الأخيرة، فانتفاء العلم – فى إطار الوكالة العادية – يخول للغير المتعاقد مع الوكيل حق طلب الإبطال للوقوع فى غلط أو تدليس، متى كانت له مصلحة فى تحديد الشخص الذى تتأثر ذمته المالية بآثار العقد وأنه قبل التعاقد فى ضوء الصفة المستخلصة من معطيات التعبير، والتى كان لو علم بها منذ البداية بعدم تواؤمها مع حقيقة القصد لما ساهم فى إبرام العقد، انطلاقاً من أنه لا يرغب فى التعاقد مع الموكل. وعلى العكس من ذلك بالنسبة لانتفاء العلم – فى مجال الوكالة بالعمولة – فإنه يكون مجرداً من الأثر القانونى، لأن العلم بالصفة فى التعاقد ليس مقصوداً لذاته، ولكن من أجل إتاحة الفرصة للغير للتعرف على الشخص الذى سيكون طرفاً معه فى العقد المزمع إنشاؤه فى أثناء

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الحى حجازى- المرجع السابق ص٧٦٧.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الحى حجازى- المرجع السابق ص٧٦٧ فقرة ٥٦٦.

٣) فإذا تصرف النائب فى حقوق الأصيل فإن هذا التصرف يخضع لأحكام التصرف فى ملك الغير.

٤) إذا تصرف النائب فى حقوق الأصيل فإنه يعد مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة.

إنتاجه لثماره، وفى ضوء ذلك يكون له مطلق الحرية فى قبول أو رفض التعامل تطبيقاً لمبدأ حرية التعاقد المنبثق من مبدأ سلطان الإرادة، ونظراً لأن الوكيل بالعمولة يظل موجوداً على مسرح التعاقد إلى حين الانتهاء من تنفيذ الالتزامات الناتجة عن العقد، فإن علم من يساهم معه فى تشييد العقد بحقيقة قصده فيما يتعلق بالشخص الذى تستقر الآثار الناتجة عن العقد فى ذمته المالية يكون – فى أغلب الأحوال – عديم الجدوى. وبناء عليه إذا كان المتعاقد مع الوكيل بالعمولة يعلم – حقيقة أو حكماً – بصفة هذا الأخير فى التعامل، أو كان يستوى لديه التعامل مع وكيل أو موكل، فلا يمكن إجباره على قيام الرابطة العقدية مع هذا الأخير إعمالاً لنص المادة ١٠٦ مدنى لأن هذا الحكم خاص بالنيابة فى التعاقد فحسب.

وبناء عليه فنحن لا نتفق مع ما يذهب إليه جانب من الفقه والقضاء إلى القول بأنه إذا أعلن الموكل فى عقد الوكالة بالعمولة أمام الغير مسئوليته عن الأعمال التى قام بها الوكيل بالعمولة، أو كان هذا الأخير قد تعاقد مع الغير باسم الموكل، فالوكالة بالعمولة تتحول إلى وكالة عادية وتفقد خصائصها المميزة من حيث علاقة الغير بالموكل[1] حيث إن العلاقة تنشأ بينهما مباشرة، لأن ذلك يترتب عليه هدم المفهوم الفنى والقانونى لهذا النوع من الوكالة والذى أصبح وبحق أحد أعلام المعاملات التجارية على الصعيد الدولى والداخلى على حد سواء. كما أننا لا نتفق مع ما يذهب إليه جانب من الفقه[2] «بأنه حيث يتعاقد الوكيل باسمه الشخصى كما هو الشأن فى الوكالة بالعمولة فإنه لا تثبت له صفة النائب وإن كانت تثبت له صفة الوكيل، وبالتالى لا نكون بصدد نيابة وإن كنا بصدد وكالة» وهذا القول وإن كان يتفق مع النظم القانونية التى أخذت بنظرية الإرادة الظاهرة[3] إلا أنه يتنافى مع التنظيم القانونى للعقد فى إطار البيئة القانونية المصرية.

وعلى ذلك لا يكفى لتشييد العقد وفقاً لفكرة الوكالة العادية سواء كانت مدنية

---

1) Versailles, 27, 5, 1987, G. P. 87, 2, somm 177, Francois (T) philippe (S) et yves (L), op cit, P135, No 173; weill. (A) et francois (T), droit civil, les obligations, 4é, éd 1986, DALL oz., p. 77, No, 80.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ جلال العدوى- المرجع السابق ص٢٢١، ٢٢٢.

٣) كالتشريع الألمانى.

أم تجارية، أن يعبر الوكيل بأنه يتعاقد لمصلحة الموكل. ولا يكفى – فى حالة عدم الإفصاح عن تلك الصفة – علم الغير بأن التعاقد يتم لحساب هذا الأخير، بل يتعين أن يتضمن التعبير معطيات يستخلص منها أن صاحبه يبغى التعاقد وفقاً لفكرة الوكالة العادية أو أن ينصرف العلم – الذى يتحقق بمعزل عن ذلك – إلى أن الوكيل يتعاقد بصفته نائباً، وبالتالى إذا اقتصر العلم – المستخلص من معطيات التعبير الصريح أو الضمنى أو الظروف والملابسات – على أن الشخص يتعاقد باعتباره وكيلاً فقط، فلا تنشأ الرابطة العقدية – وبقوة القانون – بين المتعاقد مع الوكيل والموكل إعمالاً لنص المادة ١٠٦ من القانون المدنى لأن حكم هذا النص تقرر على خلاف الأصل العام مما يستوجب عدم جواز القياس عليه أو التوسع فى مجال تطبيقه، ويتوقف الأمر فى هذه الحالة على اعتبارات متعددة منها: محتوى قصد الوكيل، وهل انصرف نحو التعامل وفقاً لنظام الوكالة العادية أو بالعمولة هذا من ناحية. ومن ناحية ثانية مدى تعويل المتعاقد مع الوكيل على الصفة فى التعامل من عدمه. وأخيراً حقيقة قصد المتعامل مع الوكيل، وهل تطابق – بمحض المصادفة – مع قصد هذا الأخير من عدمه.

وبناء على هذا التحليل فنحن نتفق مع ما يذهب إليه الاتجاه الغالب فى الفقه إلى أن تصرفات الوكيل بالعمولة لا تخضع لأحكام النيابة فى التعاقد، ولكن نختلف معه حول أساس ذلك. فقد رأى أنصار هذا الاتجاه أن هذا الأساس يكمن فى انصراف قصد الوكيل بالعمولة إلى التعاقد باسمه الشخصى[1] فى حين أن النظام القانونى للنيابة فى التعاقد يقتضى أن يتم التعامل باسم الأصيل. ونحن لا ننكر ذلك من حيث المبدأ، ولكنه لا يكفى من وجهة نظرنا للفصل بين هذين النظامين، لأنه ليس هناك ما يحول – من الناحية الفنية والقانونية والواقعية – دون انصراف قصد الوكيل بالعمولة نحو التعامل بصفته نائباً عن شخص محدد، وقد يتعامل معه الغير فى ضوء صفته المعلن عنها، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى قد يتعامل الوكيل

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ جلال علي العدوى- المرجع السابق ص٢٢١، ٢٢٢، دكتور/ سمير عبد السيد تناغو ودكتور/ نبيل إبراهيم سعد – المرجع السابق صـ١١٩، دكتور/ عبد الفتاح عبد الباقى- المرجع السابق صـ٢٠٥.

العادى مع الأغيار دون أن يفصح – صراحة أو ضمناً – عن صفته الحقيقية فـي التعاقد، وقد لا يعلم الغير حقيقة أو حكماً بهذه الصفة وبالتالى يكون الوكيل – فـي هذه الحالة – قد تعاقد باسمه الشخصى وعلى الرغم من ذلك تخضع آثـار العقـد لأحكام النيابة فى التعاقد، ومما لا شك فيه أن الاكتفاء بما يقول بـه أنـصار هـذا الاتجاه ينطوى على صعوبة بشأن وضع الحد الفاصل بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية المستترة، حيث إن استقامة منطقهم تقتضى خضوع الوكالة بالعمولة لأحكام النيابة فى التعاقد متى كان الغير يعلم بصفة الوكيل الحقيقية سواء من خلال تعبيـر هذا الأخير أو بمعزل عن ذلك، وهذا يتنافى مع إرادة المشرع التى اتجهـت إلـى الفصل بينهما. فقد تناول هذا الاتجاه الأثر المترتب على تكوين العقد من خلال فكرة الوكالة بالعمولة دون الوقوف على جوهر تلك الفكرة، ومدى تواؤمها مع المفهـوم الفنى والقانونى للنيابة فى التعاقد، ومن هنا جاءت وجهة نظرهم على النحو المتقدم ذكره.

فالوكالة بالعمولة نظام قانونى مستقل عن النيابة فى التعاقد، ممـا يقتـضى البحث عن معيار حاسم للتمييز بين نوعى الوكالة، وقد سبق القول بأن فلسفة الوكالة بالعمولة تقتضى الفصل بين الأثر الاقتصادى والقانونى للعقد الذى يتم من خلالهـا، وذلك يقتضى الوقوف على محتوى القصد، وخلصنا إلى أن الفصل بـين الوكالـة العادية والوكالة بالعمولة يتوقف على الطريقة أو الوسيلة التى يتصرف بها الوكيـل فى علاقته بالغير، أما بالنسبة لشرط التعامل باسم الأصيل فإنه لا يـصلح معيـاراً للتفرقة بين هذين النظامين فى إطار البيئة القانونية المصرية، بل إن التعويل عليـه فى هذا الخصوص يحول دون وضع الحد الفاصل بينهما. والمعيار الصحيح يكمـن فى الطريقة أو الوسيلة التى يتعامل بها الوكيل مع الغير. وليس القصد كما ذهب إليه البعض[1] ذلك لأن القصد معناه الأمر النفسى الداخلى الكامن فى الـنفس البـشرية وهذا القصد لا يمكن التعرف عليه ولا الاعتداد به قانوناً ما لم يترجم إلى عبـارات خارجية تنم على حقيقته، ذلك لأن التعبير يعد مرآة حقيقية لمحتوى القصد.

---

(١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق ص١٧٥.

وعلى ذلك يجب على الوكيل أن يفصح عن صفته الحقيقية فى التعاقـد وان يكون أميناً وصادقاً فإذا كان يبغى التعامل من خلال الوكالة العادية - مدنية كانت أم تجارية - فإنه يجب أن يتضمن تعبيره معطيات تفيد ذلك، ومتى كان الغيـر يعلـم بنوع الوكالة على هذا النحو فإنه يفترض أنه تعامل مع الوكيل على هذا الأسـاس سواء كانت واقعة العلم حقيقية أو حكمية، وسوا تحققت من خلال معطيات التعبير - الصريح أو الضمنى - أم بمعزل عن ذلك.

ومعنى ذلك أنه لا يكفى - فى هذا الشأن - انصراف العلم إلى القصد فقط، بل يجب أن يشمل أيضاً حدود هذا الأخير وفى حالة ما إذا كان الوكيل العادى يظل موجوداً على مسرح التعاقد فإنه لا يتحول إلى وكيل بالعمولة، لأن قصده انـصرف إلى عدم تأثر ذمته المالية بثمار العقد بل إلى استيفاء حقوق الأصيل فقط.

وبناء عليه ليس هناك ما يحول - من الناحية الفنية والقانونية والعمليـة - دون اكتساب الشخص أكثر من صفة فى علاقته بالغير، غير أن نوع الـصفة يـتم تحديده وفقاً للطريقة او الوسيلة التى يتصرف بها مع الأغيار، فالصفة فى التعاقـد ليست لصيقة بالشخص ولكنها تضفى عليه من خلال الطريقة التى يتصرف بها مع الغير فى التعاقد، وهل يتعاقد مع الأغيار باسمه الشخصى ولمصلحته الشخصية أو باعتباره نائباً عن شخص محدد أو بصفته وكيلاً بالعمولة.

الغصن الخامس
آثار الوكالة بالعمولة

سبق القول بأن عقد الوكالة بالعمولة عقد رضائي ينعقد بمجرد التقاء الإيجاب والقبول ولا تشترط فيه شكلية خاصة وهو عقد تجارى بالنسبة للوكيل بالعمولة على الأقل، والغالب أن يكون تجارياً أيضاً بالنسبة للموكل ولذلك يجوز إثباته بكافة الطرق، وتسمح حرية الإثبات للقاضي باعتماده على مجرد قرينة القبول الضمني من جانب الوكيل بالعمولة للعملية التى يكلف بها الموكل بل ويفترض هذا القبول فى بعض أنواع التجارة متى اعتاد الموكل اختيار وكيل بالعمولة كأن يتلقى أوامره دون أن يعترض عليها صراحة.

والوكالة بالعمولة من العقود التى تقوم على الاعتبار الشخصي فى التعاقد أى أن شخصية كل من الموكل والوكيل تكون محل اعتبار عند كل منهما أثناء التعاقد بل يعتبر عقد الوكالة بالعمولة من أكثر العقود التى تقوم على الاعتبار الشخصي نظراً للسلطات الواسعة التى يتمتع بها الوكيل بالعمولة بشأن تمثيل مصالح الموكل ولذلك ينقضي العقد بانهيار الاعتبار الشخصي بسبب وفاة أحد الطرفين أو فقد أهليته أو إفلاسه أو إعساره أو الحجر عليه.

ومع ذلك يبدو من العسير تطبيق القواعد العامة فى الوكالة المدنية على الوكالة بالعمولة فيما يتعلق بعزل الوكيل بالعمولة أو استقالته بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين، فلا يجوز للموكل عزل الوكيل بالعمولة فى أى وقت بإرادته المنفردة إنما يجوز له سحب الأوامر التى سبق له توجيهها إليه، كما يجوز للموكل تكليف وكيل بالعمولة آخر للقيام بنفس العملية التى سبق له إسنادها للوكيل بالعمولة الأول، وفى المقابل لا يجوز للوكيل بالعمولة الاستقالة فى أى وقت بإرادته المنفردة لاسيما إذا كان الوكيل بالعمولة شركة تقدم خدماتها للجمهور، ومتى نشأ عقد الوكالة بالعمولة صحيحاً فإنه يولد آثاراً هامة تتمثل فى التزامات تقع على عاتق كل من طرفى العقد.

وأول التزامات الوكيل بالعمولة أنه يجب عليه أن يقوم بالعمل المكلف به من

قبل الموكل، فالوكيل بالعمولة للنقل يقوم بإبرام عقود النقل ويقوم الوكيل بالعمولة بالبيع أو الشراء بإبرام عقود بيع أو شراء البضائع لحساب الموكل، وعلى الوكيل بالعمولة أن يؤدى العمل المعهود إليه وفقاً لتعليمات الموكل وقد تكون تعليمات الموكل إلزامية أو بيانية.

والتعليمات الإلزامية هى تلك التعليمات التى تحدد شروط التعاقد بين الوكيل والغير كتحديد سعر البيع أو الشراء أو شروط النقل وفى هذه الحالات لا يكون للوكيل بالعمولة سلطة تقديرية فى التعاقد بل يلتزم باحترام تعليمات الموكل، فإذا خالفها كان من حق الموكل أن يرفض الصفقة ويلتزم بها عندئذ الوكيل على أن حق الموكل فى رفض الصفقة فى هذه الحالة مقيد بثبوت وقوع الضرر بسبب مخالفة الوكيل لتعليماته(١).

وقد أشارت إلى ذلك المادة ١٦٧ من التقنين التجارى الجديد والذى جرى نصها على أنه «١- إذا باع الوكيل بالعمولة بأقل من الثمن الذى حدده الموكل أو اشترى بأعلى منه وجب على الموكل إن أراد رفض الصفقة أن يخطر الوكيل بذلك فى أقرب وقت من علمه بها وإلا اعتبر قابلاً للثمن. ٢- ولا يجوز للموكل رفض الصفقة إذا قبل الوكيل بالعمولة تحمل فرق الثمن». ويستفاد من هذا النص أنه إذا باع الوكيل بالعمولة بأقل من الثمن الذى حدده له الموكل أو اشترى بأعلى منه وجب على الموكل إذا ما رغب فى رفض الصفقة أن يبادر بإخطار الوكيل بذلك فى أقرب وقت ممكن من تاريخ علمه بذلك، وإلا عد قابلاً لهذه الصفقة والثمن المحدد لها، وقد عالجت الفقرة الثانية من هذه المادة مسألة قبول الوكيل بالعمولة تحمل فرق الثمن وهو الفرق بين الثمن الذى حدده له الموكل والثمن الذى باع أو اشترى به، وفى هذه الحالة لا يجوز للموكل أن يرفض الصفقة التى أبرمها الوكيل بالعمولة بناء على ذلك إذا ما قبل الأخير أن يتحمل فرق الثمن.

وإذا ما باع الوكيل بالعمولة البضائع المعهود إليه بيعها بسعر أعلى من السعر الذى حدده الموكل فلا يعد ذلك مخالفاً لتعليمات الأخير الإلزامية، ومن ثم لا يمثل ضرراً بالموكل يستحق التعويض عنه بل على العكس من ذلك يكون قد حقق

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ محسن شفيق - الوسيط فى القانون التجارى جـ٢ رقم ٩٨ (*) □.

فائدة للموكل، وقد نصت على ذلك المادة ١٦٩ تجارى جديد حيث ينساب نصها على أنه «إذا تعاقد الوكيل بالعمولة بشروط أفضل من الشروط التى حددها الموكل، عادت المنفعة إلى الموكل وعلى الوكيل أن يقدم حسابه على أساس الشروط الحقيقية التى تمت الصفقة بمقتضاها».

ويشمل هذا النص التصرفات القانونية التى يعقدها الوكيل بالعمولة لحساب الموكل سواء التعاقد بشأن البيع أو الشراء فلو أن الموكل وضع للوكيل بالعمولة شروطاً محددة لا يجوز له مخالفتها أثناء التعاقد وحدث وأن تعاقد هذا الأخير بشروط أفضل منها، فإن المنفعة تعود فى هذه الحالة على الموكل وفى هذه الحالة يلتزم الوكيل بالعمولة أن يقدم إلى الموكل حساباً على أساس الشروط الحقيقية.

أما التعليمات البيانية فتعنى ما يبديه الموكل إلى الوكيل بالعمولة من رغبات فى العقود التى يبرمها الأخير أو تحديد أهداف التعاقد دون تحديد الشروط التفصيلية له وترك حرية تحديد هذه الشروط للوكيل وفقاً لظروف الحال.

وقد لا يصدر الموكل للوكيل بالعمولة تعليمات معينة وإنما يترك له الحرية التامة عند التعاقد مع الغير وفى هذه الحالة يلتزم الوكيل بالعمولة أن يبذل فى أداء العمل عناية الرجل المعتاد وفقاً لنص المادة ٧٠٤ فقرة ٢ مدنى والتى جرى نصها على أنه «١- إذا كانت الوكالة بلا أجر وجب على الوكيل أن يبذل فى تنفيذها العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد. ٢- فإن كانت بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائماً فى تنفيذها عناية الرجل المعتاد.» وعلى ذلك إذا كانت الوكالة بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائماً فى تنفيذها عناية الرجل المعتاد ويذهب رأى إلى أن الوكيل بالعمولة يلتزم ببذل عناية الرجل الحريص ويسأل قبل الموكل إذا لم يبذل هذا القدر من العناية على أساس أن الوكيل بالعمولة تاجر وتقتضى خبرته وحرفته هذا القدر من المسئولية[1].

ولا يجوز للوكيل بالعمولة ان يقيم نفسه طرفاً فى التعاقد الذى يبرم لحساب الموكل إذ لا يجوز أن يتعاقد مع نفسه بدلاً من التعاقد مع الغير إذ أنه يعتبر وسيطاً بين طرفين وليس طرفاً أصلياً فى الصفقة التى يكلف بإبرامها، وقد نصت على ذلك المادة ١٥٦ فقرة ١ تجارى جديد حيث نصت على أنه «١- لا يجوز للوكيل أن يقيم

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ علي البارودى- المرجع السابق رقم ٤٥ .

نفسه طرفاً ثانياً في الصفقة المكلف بإبرامها ...» ويعتبر هذا الحكم تطبيقاً للقاعدة العامة التي نصت عليها المادة ١٠٨ مدني والتي تنص بأنه لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، والحكمة من هذه القاعدة واضحة إذ المفروض أن الوكيل يلتزم بالعمل لمصلحة موكله، فإذا أضاف الصفقة لحسابه الخاص فإنه في هذه الحالة سيُغلب مصلحته الشخصية على مصلحة موكله، ولذا يلتزم الوكيل بإثبات وجود الغير في الصفقة التي يبرمها متى طلب منه الموكل ذلك[1].

ومع ذلك فإن القاعدة المتقدمة لا تتعلق بالنظام العام، إذ يجوز الاتفاق في عقد الوكالة بالعمولة على حق الوكيل في إقامة نفسه طرفاً ثانياً في الصفقة المعهود إليه إبرامها كما يجوز أن يقر الموكل هذا العمل بعد وقوعه، وقد صرحت بذلك المادة ١٥٦ تجاري جديد بأنه «١- لا يجوز للوكيل أن يقيم نفسه طرفاً ثانياً في الصفقة المكلف بإبرامها إلا في الحالات الآتية: أ- إذا أذن له الموكل في ذلك. ب- إذا كانت تعليمات الموكل بشأن الصفقة صريحة ومحددة ونفذها الوكيل بدقة. جـ- إذا كانت الصفقة تتعلق بسلعة لها سعر محدد في السوق واشتراها الوكيل أو باعها بهذا السعر. ٢- لا يستحق الوكيل في الحالات المذكورة في الفقرة السابقة أجراً نظير الوكالة.»

ومن ناحية أخرى فإنه متى كانت تعليمات الموكل إلزامية فيما يتعلق بتحديد سعر البيع أو الشراء فالراجح أنه يجوز للوكيل أن يضيف الصفقة إلى نفسه مادام أنه التزام الحدود التي رسمها له الموكل والتعليمات الصادرة منه، ولكن في هذه الحالة تتحول العلاقة بين الموكل والوكيل من وكالة إلى بيع فلا يستحق الوكيل عمولته في هذا الفرض، ولا يجوز للوكيل بالعمولة أن يتعاقد مع نفسه لحساب شخص آخر كلفه بالبيع أو الشراء بنفس الشروط لأن الوكيل لا يمكنه أن يخدم مصلحتين متعارضتين بنفس النزاهة والحيدة.

ويثور التساؤل حول حق الوكيل بالعمولة في أن ينيب عنه غيره في القيام بالعمل المعهود إليه، ويلاحظ أن عقد الوكالة يعتبر بصفة عامة من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي كما سبق الإشارة، ولذلك تقضي المادة ٧٠٨ مدني بأنه إذا

---

١) راجع في ذلك. دكتور/ محسن شفيق- المرجع السابق رقم ١٠٢

أناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له بذلك كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ويكون الوكيل ونائبه فى هذه الحالة متضامنين فى المسئولية، على أنه لو كانت الوكالة بالعمولة تعتبر تجارية فإن فكرة الاعتبار الشخصى فيها تعد أكثر مرونة عنها فى الوكالة المدنية لأن الموكل يهمه تحقيق النتيجة التجارية التى يهدف إليها أياً كانت الوسائل، كما أن الوكيل بالعمولة غالباً ما يكون شركة تجارية ولذلك يتوسع القضاء فى استخلاص تصريح الموكل الضمنى للوكيل فى إنابة غيره ولو لم يكن مصرحاً له بذلك فى العقد، ولا يجوز للوكيل بالعمولة أن يفضى إلى الغير باسم موكله إلا إذا صرح له بذلك إذ قد يفضل الموكل لاعتبارات تجارية أن يظل اسمه سراً على الغير، والغالب مع ذلك أن يعرف اسم الموكل الذى يتعامل مع الوكيل لحسابه وعلى أية حال فإن معرفة الغير المتعاقد مع الوكيل اسم الموكل ليس من شأنه أن يغير من طبيعة الوكالة بالعمولة، ولا تؤدى إلى إيجاد صلة مباشرة بين هذا الغير والموكل وقد نصت على ذلك المادة ١٧٣ فقرة ١ تجارى جديد على أنه «١- يجوز للوكيل بالعمولة أن يصرح باسم الموكل الذى يتعاقد لحسابه إلا إذا طلب منه الموكل عدم الإفضاء باسمه، ولا يترتب على الإفضاء باسم الموكل تغيير فى طبيعة الوكالة مادام الوكيل يبرم العقد باسمه.» ومن ناحية أخرى لا يجبر الوكيل بالعمولة على أن يفضى إلى الموكل باسم من يتعاقد معه، إذ قد تكون له مصلحة فى ذلك فقد يخشى أن يلجأ الموكل إلى الاتصال به والتعامل معه مباشرة دون حاجة إلى خدمات الوكيل بالعمولة، وذلك فى ظل التقنين التجارى الملغى، غير أن المادة ١٧٣ فقرة ٢ تجارى جديد ألزمت الوكيل بالعمولة على أن يفضى باسم الغير المتعاقد معه إلى الموكل إذا طلب منه الأخير ذلك وأنه فى حالة امتناع الوكيل بالعمولة عن ذلك دون مسوغ مقبول فإنه يجوز اعتباره ضامناً تنفيذ الصفقة وقد جرى نصها على أنه «٢- على الوكيل بالعمولة الإفضاء إلى الموكل باسم الغير الذى تعاقد معه إذا طلب الموكل منه ذلك فإذا امتنع الوكيل بالعمولة عن الإفضاء باسم الغير دون مسوغ مقبول جاز اعتباره ضامناً تنفيذ الصفقة».

وثانى هذه الالتزامات أنه إذا كان الوكيل بالعمولة وكيلاً بالبيع أو الشراء وسلمه الموكل البضائع أو تسلم البضائع لحساب الموكل فإنه يعتبر مودعاً لديه بالنسبة لها، ويلتزم الوكيل بالمحافظة عليها وله أن يرجع على الموكل بما ينفقه من مصاريف تقتضيها المحافظة على البضائع، ويفيد اعتبار الوكيل بالعمولة بالبيع مودعاً لديه أن الموكل يمكنه استرداد البضاعة عند إفلاس الوكيل كمالك لها متى سهل تعيين البضاعة فى مخازن الوكيل بالعمولة.

ويلتزم الوكيل بالعمولة بالمحافظة على البضائع المملوكة لموكله والتى يكلف بشرائها أو بيعها لحسابه بناء على عقد الوكالة، وبذلك عليه أن يبذل فى ذلك عناية الرجل المعتاد ويعتبر التزامه بالمحافظة على البضائع التزاماً بنتيجة، ولما كان التزام الوكيل بالعمولة بالمحافظة على البضائع من قبيل الالتزام بنتيجة فإنه يعد مسئولاً عن كافة الأضرار التى تلحق البضائع التى يحتفظ بها لحساب موكله منذ تسلمه لها[1] وعليه إذا تلفت البضائع أو فقدت وهى فى حيازة الوكيل فإنه يكون مسئولاً عن ذلك فى مواجهة الموكل ما لم يرجع الهلاك أو التلف إلى قوة قاهرة أو ظروف استثنائية كالزلازل والفيضانات والحروب، ومتى كان الوكيل بالعمولة مسئولاً عن تلف أو هلاك البضائع فإنه يسأل عن دفع قيمتها بحسب أعلى سعر لها وقت التلف أو الهلاك وليس على أساس السعر الذى يحدده الموكل لبيعها إذا كان قد حدد سعراً للبضاعة[2].

وقد نصت على ذلك المادة ١٥٥ تجارى جديد بقولها «١- الوكيل مسئول عن هلاك أو تلف البضائع والأشياء التى يحوزها لحساب الموكل إلا إذا نتج ذلك عن سبب لا يد للوكيل أو لتابعيه فيه أو عن عيب ذاتى فى البضاعة أو الشئ ...» وقد أضافت هذه المادة إلى جانب القوة القاهرة أو الظروف غير الاعتيادية التى تؤدى إلى هلاك أو تلف البضائع المملوكة للموكل لدى الوكيل بالعمولة أن تكون هذه الأسباب خارجة عن إرادة الوكيل أو أحد تابعيه الذين يعملون معه، أو أن يكون هلاك أو تلف البضاعة أو الشئ المملوك للموكل يرجع إلى عيب فى البضائع سواء

---

١) راجع فى ذلك: حكم محكمة الاستئناف المختلط جلسة ١٩ أبريل ١٩٢٢ .

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ علي حسن يونس- المرجع السابق صـ١٢٧ .

كان عيباً فنياً أو غير فنى متى اتخذ الوكيل الاحتياطات اللازمة للمحافظة عليها كما لو كان الهلاك قد حدث نتيجة حريق التهم البضاعة بناء على ماس كهربائى حدث فى الثلاجات المحفوظ بها البضاعة، أو كان التلف نتيجة طبيعة البضاعة ذاتها كما هو الحال بالنسبة للفواكه والخضروات والحيوانات التى قد لا تتحمل مشقة الرحلة أو تغيير الطقس أو المسافة فتتلف من تلقاء نفسها دون تقصير من الوكيل بالعمولة.

وقضت محكمة النقض فى هذا الخصوص بأنه «لما كان الحكم المطعون فيه قد استخلص استخلاصاً سائغاً أن العلاقة بين الطرفين وكالة بالعمولة وأورد فى هذا الصدد قوله إن الشركة المستأنف (الطاعن) أقرت فى مذكرتها المقدمة أمام محكمة أول درجة المؤرخة ١٩٧٧/٢/١٨ وفى أكثر من موضع منها أنها تعاقدت مع الشركة المستأنف عليها (المطعون عليها) لاستيراد المادة الموضحة بالأوراق نيابة عنها نظير عمولة، فلا تثريب على محكمة أول درجة أن أخذت بهذا التكييف. وكانت المادة ٨٢ من قانون التجارة تنص على أن الوكيل بالعمولة هو الملزم دون غيره لموكله وكان الوكيل بالعمولة للشراء ملزماً بأن يتسلم البضائع من البائع على ذمة تسليمها للموكل، وبأن يحافظ عليها فإذا قصر فى ذلك كان مسئولاً قبل الموكل عن الضرر الذى يصيبه فى حالة تلف البضاعة أو هلاكها، والتزامه هذا هو التزام بنتيجة بحيث يكون الوكيل المذكور قد أخل بالتزامه بمجرد هلاك البضاعة أو تلفها وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فإن النص عليه يكون فى غير محله»[1].

وإذا أطلع الوكيل بالعمولة على أضرار لحقت البضائع أثناء السفر وجب عليه أن يتخذ التدابير العاجلة للمحافظة عليها، وإذا تعرضت البضائع للتلف أو كانت مما يسرع إليه الفساد أو كانت عُرضة لخطر الهبوط فى قيمتها ولم يتمكن الوكيل من استئذان الموكل فى شأنها فعليه التصرف بما يترتب عليه منفعة موكله وفقاً لمعيار التاجر المعتاد والحريص، وفى سبيل ذلك للوكيل بالعمولة أن يطلب من القاضى المختص بالمحكمة التى يقع فى دائرتها مركز أعماله أو نشاطه بموجب عريضة إصدار الإذن ببيع البضاعة بالطريقة التى يحددها القاضى، إذا كانت

(1) راجع فى ذلك: الطعن رقم ٤٢ السنة ٩٤ق جلسة ١٩٨١/١٠/٢٦ .

البضاعة مهددة بتلف سريع أو بهبوط فى القيمة ولم يكن لدى الوكيل بالعمولة تعليمات من الموكل بشأنها أو لم تصله هذه التعليمات فى وقت مناسب. وقد نصت على ذلك المادة ١٥٢ من القانون التجارى الجديد بقولها «إذا كانت البضائع أو الأشياء التى يحوزها الوكيل لحساب الموكل مهددة بتلف سريع أو بهبوط فى القيمة ولم تصله تعليمات من الموكل بشأنها فى ميعاد مناسب فللوكيل أن يطلب من القاضى المختص بالمحكمة التى توجد فى دائرتها مركز أعماله إصدار أمر على عريضة ببيعها بالكيفية التى يعينها القاضى».

وهذا الحكم الوارد بالنص ما هو إلا مجرد تطبيق للقواعد العامة حيث تخرج التبرعات بحسب الأصل من نطاق القانون التجارى الذى يعتبر المضاربة إحدى دعائمه.

ولا يعتبر الوكيل بالعمولة ملتزماً بالتأمين على البضاعة المودعة لديه إن لم تقضى التعليمات الصادرة إليه من الموكل بذلك أو كان العرف يلزمه بإجراء مثل هذا التأمين ويرجع الوكيل بالعمولة على الموكل بمصاريف التأمين متى اجراه على البضاعة[1].

كذلك لا يلزم الوكيل بالعمولة بعمل تأمين على الأشياء التى فى حيازته إذا اشترط عليه الموكل عدم إجرائه، وإذا فرض وقام الوكيل بالعمولة بإجراء تأمين على البضائع رغم اشتراط الموكل عدم إجرائه فليس له مطالبة هذا الأخير بمصاريف التأمين[2]، أما إذا لم ينص فى عقد الوكالة بالعمولة على ضرورة إجراء التأمين على البضاعة ولم يجر العرف على إجرائه فإن الأمر متروك لتقدير الوكيل بالعمولة، فإذا أجراه للمحافظة على البضائع وضمان سلامتها فله أن يطالب بمصاريف هذا التأمين من الموكل[3]، وإذا لم يقم بإجراء التأمين وحدث أن هلكت البضاعة بقوة قاهرة فهو لا يسأل عن هذا الهلاك.

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ محسن شفيق- المرجع السابق رقم ١٠٤ .

٢) ومع ذلك يكون للوكيل بالعمولة حق الرجوع على الموكل وفقاً للقواعد العامة فى الإثراء بلا سبب بما عاد عليه من منفعة من جراء عقد التأمين على البضائع- دكتور/ علي حسن يونس- المرجع السابق صـ١٢٨ .

٣) يجرى الوكيل بالعمولة غالباً تأميناً ضد الحريق ولو لم يكن العرف يلزمه بذلك ويؤسس دكتور/علي يونس حق رجوع الوكيل على الموكل بأقساط التأمين على أساس قواعد الفضالة إذا توافر فى-

وقد نصت على ذلك المادة ١٥٥ فقرة ٢ من التقنين التجارى الجديد بقولها «٢- لا يلتزم الوكيل بالتأمين على الأشياء التى يحوزها لحساب الموكل إلا إذا طلب الموكل منه ذلك أو كان إجراء التأمين مما يقضى به العرف أو تستلزمه طبيعة الشيء».

وللوكيل بالعمولة مطالبة الموكل بكافة المصاريف التى أنفقها فى سبيل المحافظة على البضاعة كما له المطالبة بمصاريف التأمين إذا ما أجراه.

ويلتزم الوكيل بالعمولة بعدم استعمال أموال موكله لحسابه الشخصى كما يلتزم بدفع الفائدة القانونية على الأموال المستحقة للموكل من اليوم الذى كان يلزمه فيه تسليمها أو إيداعها وفقاً لأمر المدين.

وثالث هذه الالتزامات هى التزم الوكيل بالعمولة عقب إتمامه الصفقات المعهود إليه القيام بها بتقديم حساب إلى الموكل وهذا الالتزام وإن كانت تفرضه القواعد العامة الواردة فى المادة ٧٠٥ مدنى[1] إلا أن الوكيل بالعمولة يلتزم بتقديم حساب دقيق عن أعمال وكالته وأن يؤيد هذا الحساب بالمستندات، إذ لا يجوز للوكيل بالعمولة أن يحصل على فائدة لنفسه عن وكالته سوى العمولة المستحقة له ذلك أنه مجرد وسيط يلتزم بأن ينقل نتيجة الصفقة التى يعقدها إلى الموكل ويعتبر القضاء الفواتير المزدوجة من قبيل الغش الذى يسأل عنه الوكيل جنائياً على أساس ارتكابه لجريمة خيانة الأمانة[2] ويقصد بالفواتير المزدوجة قيام الوكيل بالتواطؤ مع الغير الذى تعاقد معه على شراء البضاعة لحساب الموكل بأن يسلمه فاتورتين إحداهما بالثمن الحقيقى والأخرى بثمن أعلى من الثمن الحقيقى ليقدمها إلى الموكل.

=العمل الذى قام به شروطها كما إذا تدخل الفضولى من أجل معالجة أمر عاجل لحساب رب العمل وللمحكمة سلطة تقدير مدى توافر الفضالة- المرجع السابق صـ١٢٨ .

١) راجع المادة ٧٠٥ مدنى مصرى وفى القانون الفرنسى المادة ١٩٩٣ مدنى- وانظر تطبيقاً لذلك الطعن رقم ٣١٨ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٢/١/١١ حيث قضت محكمة النقض بأنه «إذا كان الحكم المطعون فيه لم يعتد بدفاع الطاعن فى شأن التزام الوكيل برد ما فى يده من مال للموكل وأن ذلك هو رصيد حساب إدارته ونتيجته طوال فترة الوكالة، أى الإيراد الصافى المستحق للموكل فى فترة إدارة الوكيل وأثر ذلك على نتيجة الحساب عن مدة الإدارة المطالب بها استناداً إلى أن الموكل طلب الحساب عن فترة محددة فإن الحكم يكون معيباً بالخطأ فى تطبيق القانون بالإخلال بحق الدفاع».

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ على البارودى- المرجع السابق رقم ٥١ .

ويجب على الوكيل أن يرفق بهذا الحساب كافة المعلومات الخاصة بالصفقات التى أجراها والمستندات المؤيدة لذلك بكل صدق وأمانة[١].

وقد أشارت إلى ذلك الالتزام المادة ١٥٨ من التقنين التجارى الجديد حيث نصت على أنه «١- على الوكيل ان يحيط الموكل علماً بالصفقات التى يبرمها لحسابه. ٢- وعلى الوكيل أن يقدم للموكل فى الميعاد المتفق عليه أو الذى يجرى عليه العرف أو التعامل السابق بينهما حساباً عن الأعمال التى يجريها لذمته، ويجب أن يكون هذا الحساب مطابقاً للحقيقة فإذا تضمن عن عمد بيانات غير صحيحة جاز للموكل رفض الصفقات التى تتعلق بها هذه البيانات فضلاً عن حقه فى المطالبة بالتعويض، ولا يستحق الوكيل أجراً عن الصفقات المذكورة».

والواضح من هذا النص أن القانون قد الزم الوكيل بالعمولة إحاطة الموكل علماً بكافة الصفقات التى يبرمها لحسابه سواء كانت بيعاً أو شراء وأن يوافى الموكل بالمعلومات الضرورية عن الصفقة التى يبرمها لحسابه، وتطبيقاً للقواعد العامة فإن الفقرة الثانية من المادة ١٥٨ تلزم الوكيل بالعمولة بأن يقدم لموكله فى الموعد المتفق عليه أو الموعد الذى يجرى عليه العرف أو الموعد المحدد لذلك من خلال المعاملات السابقة بينهما حساباً عن الأعمال التى يجريها لحسابه، ويجب أن يكون هذا الحساب مطابقاً للحقيقة وأن يكون مفصلاً ودقيقاً وأن يكون مدعماً بالمستندات، وإذا تضمن هذا الحساب عن عمد بيانات غير صحيحة وغير مطابقة للحقيقة فإن القانون أجاز للموكل أن يرفض الصفقات المتعلقة بالبيانات غير الصحيحة فضلاً عن حقه فى المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر نتيجة لذلك وفى هذه الحالة لا يستحق الوكيل أجراً عن هذه الصفقات.

وليس للوكيل أن يستفيد من مهارته الخاصة إذا ما حصل على تخفيض فى

---

١) على أنه قد تقوم ظروف تجعل تقديم الحساب مؤيداً بالمستندات مستحيلاً كما إذا كانت المستندات تحت يد الموكل وامتنع عن تقديمها للوكيل ومع ذلك طالبه بتقديم حساب كذلك إذا مات الوكيل مجهلاً الحساب ولم يترك أية بيانات يمكن التصرف بواسطتها على حساب الموكل فإن الورثة لا يلزمون بتقديم الحساب- راجع دكتور/ عبد الرزاق السنهورى- الوجيز فى شرح القانون المدنى جـ١ طبعة ١٩٦٦ صـ٥٠٠ .

أسعار الشراء أو باع بأزيد من السعر الذى كلفه به الموكل أو حصل على امتيازات خاصة أثناء مفاوضاته مع الغير ما لم يصرح له الموكل بذلك[١] إذ أن الوكيل يتقاضى عمولة نتيجة مجهوده هذا، فليس له أن يحصل على أجر مرتين لذات العمل.

وقد سبق الإشارة إلى أن الوكيل بالعمولة يلجأ أحياناً – فى هذه الحالات – إلى فكرة القوائم المزدوجة عند تقديمه الحساب إلى الموكل، ويترتب على ذلك أن الوكيل يحصل على فاتورتين من الغير إحداهما تمثل الثمن الحقيقى والأخرى تمثل الثمن الذى يعرضه على الموكل، ورغم انتشار مثل هذه الطريقة فإنها تعتبر مخالفة للقانون[٢] والقضاء مستقر فى فرنسا وفى مصر على تحريم مثل هذه القوائم[٣].

ويلتزم الوكيل بالعمولة بعد تقديم الحساب بتسليم الموكل ما تبقى منه فى ذمته من حساب الوكالة وإلا التزم بفوائد ما تبقى من اليوم الذى يجب فيه عليه دفعه للموكل[٤].

وإذا ما أخل الوكيل بالعمولة بالتزامه بتقديم حساب للموكل كان لهذا الأخير مطالبته بالتعويض عن إخلاله بباقى التزاماته، ولا يعفى الوكيل بالعمولة من تقديم حساب للموكل إلا إذا اتفق على ذلك أو أعفاه هذا الأخير من تقديمه بعد قيامه بالأعمال المكلف بها.

ويلتزم الوكيل بالعمولة بناء على عقد الوكالة بنقل جميع آثار التعاقد إلى الموكل كما هى دون تغيير أو تحريف وإلا كان مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة كما سبق القول، ويلاحظ أن ملكية الأشياء محل الوكالة بالعمولة وغيرها من الحقوق

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ مصطفى كمال طه- المرجع السابق صـ٣١٦ .
٢) راجع فى ذلك: دكتور/ مصطفى كمال طه- المرجع السابق صـ٣١٧ .
3) Paris séance 27/5/1957- J.C. P. 957-11-10094 .
وأيضاً حكم محكمة الإسكندرية التجارية الجزئية فى ٩ فبراير ١٩٤١ المحاماة السنة ٢١ صـ٧٨٧.
٤) انظر تطبيقاً لذلك نقض مدنى جلسة ١٩٦٤/١٢/٢١ السنة ١٥ العدد الثالث صـ١٢٢٧ وقد قضت محكمة النقض أن الحكم على الوكيل بفوائد المبالغ التى استخدمها من وقت استخدامها يقتضى ثبوت كون هذه المبالغ فى يده وأنه استخدمها لصالح نفسه والوقت الذى استخدمها فيه حتى يكون هذا الوقت بدءاً لسريان الفوائد- جلسة ١٩٦٦/٣/١٠ السنة ١٧ العدد الأول صـ٢١٩.

العينية لا تدخل فى ذمة الوكيل بالعمولة وإنما تنتقل مباشرة إلى الموكل من الغير، وينحصر دور الوكيل بالعمولة فى مجرد الحيازة وبالتالى فإن يده على هذه الحقوق يد حائز وليست يد مالك، وذلك على أساس أن نية الوكيل لم تنصرف إلى التملك وإنما لمباشرة التصرف لحساب الموكل، وأن كل ما ينقل إلى ذمة الوكيل بالعمولة هو الالتزامات والحقوق الشخصية نتيجة لأنه هو الذى يتعاقد باسمه فى مواجهة الغير فهو الملزم شخصياً بدفع الثمن أو تسليم البضاعة.

وانتقال ملكية البضائع مباشرة من الموكل إلى الغير فى حالة الوكالة بالعمولة بالبيع لا تعنى وجود علاقة مباشرة بين كل من الغير والموكل، ذلك أن الملكية حق عينى تمثل سلطة مباشرة على شئ معين بالذات فإذا فقد المالك هذه السلطة بفقده الحيازة مثلاً انتقلت الملكية كما تنتقل بالميراث أيضاً. ولقد قيل إنه يجب – فى هذا الخصوص – التفرقة فيما يتعلق بالعمل القانونى الذى يقوم به الوكيل بالعمولة بين الآثار الشخصية للعمل وهى التى يسأل عنها الوكيل بالعمولة أو الغير المتعاقد معه على حسب الأحوال لأن كلاً منهما يكون مسئولاً عن العمل فى مواجهة الآخر، وبين الآثار العينية للعمل وهى تترتب بقوة القانون دون حاجة إلى تدخل من جانب الطرفين المتعاقدين[1].

والأصل أن الوكيل بالعمولة متى قام بتنفيذ جميع التزاماته لا يلتزم بضمان تنفيذ الغير المتعاقد لالتزاماته فى مواعيدها المقررة إلا أن الموكل يشترط أحياناً أن يضمن الوكيل بالعمولة التنفيذ وعلى ذلك فإذا كان محل الوكالة بالعمولة البيع فإن الوكيل يلتزم بدفع الثمن فى الميعاد المتفق عليه إلى الموكل سواء كان المتعاقد مع الوكيل قد دفع الثمن فى الميعاد المتفق عليه إلى الموكل أو لم يدفعه، وإذا تضمنت الوكالة بالعمولة هذا الشرط الذى يسمى (شرط الضمان) كان الوكيل بالعمولة وكيلاً ضامناً، وقد يكون شرط الضمان صريحاً وقد يكون ضمنياً كما قد يكون الشرط بحكم القانون وذلك كما فى حالة الوكلاء بالعمولة كما قد يقوم الشرط إعمالاً للعرف التجارى، ويضمن الوكيل بالعمولة الضامن نتائج القوة القاهرة على عكس الوكيل

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ علي حسن يونس- المرجع السابق صـ١٤٨ .

بالعمولة غير الضامن ولاشك أن الوكيل بالعمولة الضامن لا يقبل هذا الشرط إلا مقابل ارتفاع نسبة عمولته عن العمولة المقررة فى الوكالة بغير ضمان.

ورابع هذه الالتزامات أن الوكيل بالعمولة هو الذى يتعاقد باسمه لحساب الموكل، وبالتالى فإن آثار العقد الذى يبرمه تنصرف إلى الموكل، وذلك بعد مرورها بذمة الوكيل، بحيث يجنى هو فى النهاية مغانمها ومغارمها. ومن جهة أخرى فإن الوكالة بالعمولة عمل من أعمال التوسط بين المتعاقدين وتقتضى أن يدخل الوكيل بالعمولة طرفاً فى التعاقد مع الغير وهذا الغير ليس طرفاً فى عقد الوكالة بالعمولة حيث ينعقد بين الموكل والوكيل بالعمولة فحسب بل هو طرف فى العقد الذى يتوسط فيه الوكيل بالعمولة ويبرمه باسمه الشخصى لحساب الموكل.

ولقد نصت على ذلك المادة ١٦٦ الفقرة ١ من التقنين التجارى الجديد بقولها «١- الوكالة بالعمولة عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بأن يجرى باسمه تصرفاً قانونياً لحساب الموكل.» وما يستفاد من هذا النص هو أن الوكيل بالعمولة عندما يتعاقد مع الغير فإنه يتعاقد معه باسمه الشخصى لا باسم الموكل بحيث يبدو أمام الغير المتعاقد كما لو كان الطرف الأصلى والمستفيد الحقيقى من التعاقد وأن ذمته المالية سوف تتأثر بثمار العقد، على أن تنصرف آثار هذا العقد إلى ذمة الموكل لأنه يتعاقد لحساب الموكل وكما هو معلوم هناك آثار قانونية وآثار اقتصادية للعقد، فالآثار القانونية تنصرف إلى الوكيل بالعمولة باعتباره المتعاقد والطرف الأصلى فى هذا التعاقد بمعناه الشكلى فى حين أن الآثار الاقتصادية تنصرف إلى ذمة الموكل باعتباره المستفيد من هذا التعاقد وبصفته الطرف فى هذا التعاقد بمعناه المادى.

ولا يخفى أنه إذا أبرم الوكيل بالعمولة العقد المكلف به مع نفسه قام احتمال تضحيته بمصلحة الموكل لتحقيق مصلحته الشخصية، كما لو كلفه الموكل ببيع بضاعة لم يحدد له ثمنها فيشترى الوكيل هذه البضاعة لنفسه بثمن لا يحقق مصلحة الموكل، كذلك يقوم احتمال التضحية بمصالح الموكل فيما لو كلفه أحد العملاء ببيع بضاعة وكلفه عميل آخر بشرائها إذ يخشى هنا أن يضحى الوكيل بالعمولة بمصالح أحد العميلين لحساب العميل الآخر.

ومن أجل ذلك نصت المادة ١٠٨ مدنى على أنه لا يجوز لشخص (وهو الوكيل بالعمولة فى حالتنا هذه) أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواءاً كان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون وقواعد التجارة، وينبنى على ذلك أنه ولئن كان لا يجوز للوكيل بالعمولة - بحسب الأصل - أن يتعاقد مع نفسه لحسابه أو لحساب الغير فإنه ليس هناك ما يمنع الموكل من إجازة هذا التعاقد سواء أكانت الإجازة سابقة أم لاحقة على هذا التعاقد، كذلك لا غرو إن تعاقد الوكيل بالعمولة مع نفسه لحسابه أو لحساب الغير بالشروط التى حددها الموكل أو بالشروط التى تحقق مصالح الموكل[١] وقد نصت المادة ١٥٦ من التقنين التجارى الجديد على ذلك.

ولقد قضى تطبيقاً لذلك بأنه[٢] «ليس ما يمنع فى القانون أن يكون البائع وكيلاً بالعمولة ولم يحرم القانون اجتماع صفتين فى شخص واحد حتى مع وحدة البضاعة ووحدة المشترى» وهو حكم يتعلق بالحالة التى يكون الوكيل بالعمولة فيها مكلفاً بشراء بضاعة لحساب موكله فيبيعه البضاعة المملوكة له بالشروط المحددة أو بالشروط التى تحقق مصلحة الموكل.

وآخر هذه الالتزامات أنه لما كان الوكيل بالعمولة يتعاقد باسم نفسه لحساب موكله فإن ظهور اسم الموكل فى التعاقد مع الغير ليس بلازم بل ويمثل إخفاء اسم الموكل الخاصة الفذة لعقد الوكالة بالعمولة وتنشأ علاقة مباشرة بين الوكيل بالعمولة والغير الذى تعاقد معه، أما العلاقة بين الموكل وهذا الغير فهى علاقة غير مباشرة إذ الفرض أن كلاً منهما لا يعرف الآخر، وهذا القول هو الذى يتفق مع طبيعة الوكالة بالعمولة، ويميزها عن الوكالة العادية[٣].

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ أكثم الخولى- المرجع السابق صـ١٩٧، ١٩٨، دكتورة/ سميحة القليوبى- المرجع السابق صـ٥٩، دكتور/ علي حسن يونس- المرجع السابق صـ١٩٩ .

٢) راجع فى ذلك: نقض مدنى جلسة ١٩٥٦/١٢/٢٨- مجموعة الأحكام السنة٧ صـ٧٦٧ .

٣) راجع فى ذلك: دكتور/ أكثم الخولى-المرجع السابق صـ١٩٨، ١٩٩، دكتورة/ سميحة القليوبى المرجع السابق صـ٦٤، ٦٥ ونفس الاتجاه: استئناف القاهرة ١٤ فبراير ١٩٥٦ موسوعة جمعة رقم ٤٩٧ .

من أجل ذلك يلتزم الوكيل بالعمولة بالمحافظة على سرية اسم الموكل فــإذا أفشاها كان مسئولاً عن الأضرار التى تحيق بالموكل نتيجة لظهور اسمه فى التعاقد، وذلك لا سيما إذا تمثل الغرض الأساسى للموكل فى عقد الوكالة بالعمولة فى إخفاء اسمه عن الغير.

وقد نصت المادة ١٧٣ من التقنين التجارى الجديد على أنــه «١- يجــوز للوكيل بالعمولة أن يصرح باسم الموكل الذى يتعاقد لحسابه إلا إذا طلب منه الموكل عدم الإفضاء باسمه ولا يترتب على الإفضاء باسم الموكل تغيير فى طبيعة الوكالة مادام الوكيل يبرم العقد باسمه. ٢- على الوكيل بالعمولة الإفضاء إلى الموكل باسم الغير الذى تعاقد معه إذا طلب الموكل منه ذلك فإذا امتنع الوكيــل بالعمولــة عــن الإفضاء باسم الغير دون مسوغ مقبول جاز اعتباره ضامناً تنفيذ الصفقة.» ويستفاد من هذا النص أنه قد أجاز للوكيل بالعمولة التصريح باسم الموكــل الــذى يتعاقــد لحسابه، وهذا هو الأصل ولكنه أورد على هذا الأصل قيداً وهو حالة طلب الموكل من الوكيل بالعمولة عدم الإفضاء باسمه، أما فيما يتعلق بالآثار التى تترتب علــى الإفضاء باسم الموكل فلم يغير القانون الجديد شيئاً من الآراء المستقرة فقهاً وقضاء فى هذا الشأن فى ظل التقنين القديم، حيث لا يترتب على الإفضاء باسم الموكل أى تغيير فى طبيعة الوكالة التى تبقى وكالة بالعمولة طالما أن الوكيل يتعاقــد باســمه الشخصى، ولقد جاءت الفقرة الثانية من المادة المذكورة لتغيير ما استقر عليه الرأى فى مصر فقهاً وقضاء فى ظل التقنين التجارى الملغى فيما يتعلــق بحــق الوكيــل بالعمولة فى الاحتفاظ بسرية أسماء عملائه من الغير حيث ألزمت الوكيل بالعمولــة بالإفضاء إلى الموكل باسم الغير الذى تعاقد معه إذا طلب الموكل منــه ذلــك، ولا يكون للوكيل بالعمولة أن يمتنع عن ذلك دون مسوغ مقبــول والإ جــاز للمحكمــة اعتباره ضامناً تنفيذاً للصفقة بما يترتب على ذلك من آثار أهمها انعقــاد مــسئولية الوكيل بالعمولة إذا لم يتم تنفيذ العقد بواسطة الغير المتعاقد معه حتى ولو كان التزام هذا الغير بالتنفيذ قد سقط بسبب القوة القاهرة.

ولاشك أن إخفاء الموكل لاسمه عن الغير المتعاقد مع الوكيل بالعمولة يحقق له فوائد كبيرة ذلك أن هناك اعتبارات معينة تكمن وراء إخفاء الموكل لاسمه عــن

الغير، من ذلك مثلاً التاجر الذى يكلف الوكيل بالعمولة بشراء بضائع بكميات كبيرة ليدخل بها حلبة المنافسة ولا يريد ظهور اسمه فى هذه الصفقة حتى لا يعلم منافسوه باستعداده للمنافسة، ومع ذلك قد يحدث أن يعلم الغير باسم الموكل عند التعاقد مع الوكيل بالعمولة، غير أن هذا العلم لا يغير من طبيعة الوكالة بالعمولة مادام أن الوكيل قد أبرم العقد باسمه الشخصى، إذا ينتج هذا العقد آثاره فى مواجهة الوكيل وتظل العلاقة بين الموكل والغير علاقة غير مباشرة حيث تكون العبرة – فى هذا الصدد – بالخفاء القانونى أو المفترض لاسم الموكل، وليس بالخفاء الحقيقى أو الموضوعى لهذا الاسم[١]، وفى مقابل التزام الوكيل بالعمولة بإخفاء اسم موكله عن الغير يحق للوكيل بالعمولة الاحتفاظ بسرية اسم الغير الذى تعاقد معه وعدم الكشف عنه للموكل إذ توجد مصلحة للوكيل بالعمولة فى هذه السرية، وهى ألا يعرف موكلوه عملاءه من الغير فيتعاملون معهم بصفة مباشرة مما يفوت عليه العمولات التى يجلبها نظير عمليات التوسط لحسابهم[٢].

كما يرتب عقد الوكالة بالعمولة التزامات على عاتق الموكل لصالح الوكيل بالعمولة منها التزام الموكل بدفع العمولة أو الأجر المقرر للوكيل بالعمولة والتزامه بدفع المصاريف التى أنفقها هذا الأخير فى تنفيذ عقد الوكالة.

ونوضح أولى هذه الالتزامات حيث يلتزم الموكل بأن يدفع الأجر المتفق عليه فى عقد الوكالة بالعمولة للوكيل، ويطلق على أجر الوكيل بالعمولة وفقاً لما جرى عليه العرف بالعمولة. والعمولة تكون مبلغاً محدداً لكل صفقة وقد تكون نسبة معينة من قيمة الصفقة[٣] وهو الوضع الغالب، وإذا ما تضمنت الوكالة بالعمولة شرط الضمان فإن العمولة ترتفع نسبتها كما هو الوضع الغالب نظراً لخطورة

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ أكثم الخولى- المرجع السابق- هامش ٥ صـ١٩٨، ١٩٩ .

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ أكثم الخولى- المرجع السابق صـ١٩٩، دكتور/ على حسن يونس- المرجع السابق صـ١٩٨، دكتور/ محسن شفيق- المرجع السابق صـ٥٧، ٥٨ .

٣) وتحسب هذه النسبة فى الأصل على أساس القيمة الإجمالية للعملية شاملة الثمن والمصروفات الأخرى كمصروفات النقل والتأمين والرسوم الجمركية وغيرها. دكتور/ مصطفى طه صـ٣٢٩ رقم ٤٤٧ . وانظر فيما إذا كان يجب إضافة المصروفات إلى الثمن عند احتساب العمولة- دكتور/ أكثم الخولى صـ٢٠٦ .

مسئولية الوكيل بالعمولة فى تنفيذ ما يوكل إليه، ويتم الاتفاق على مقدار العمولة عادة فى عقد الوكالة بالعمولة وإذا لم يتم الاتفاق على تحديدها فالأمر متروك للعرف التجارى وتختلف الوكالة بالعمولة – فى هذا الخصوص – عن الوكالة العادية ذلك أن الوكالة بالعمولة من عقود المعاوضة على خلاف الوكالة العادية التى يفترض فيها التبرع[١].

وإذا قام خلاف بين الموكل والوكيل بالعمولة حول الأجر – فى حالة عدم الاتفاق عليه بعقد الوكالة – فإن تقدير الأجر يخضع لقاضى الموضوع الذى يحدده وفقاً لطبيعة التصرف وما بذله الوكيل بالعمولة من جهد مستعيناً فى ذلك بما يجرى عليه العمل والعرف التجارى. وإذا تم الاتفاق على مقدار العمولة التى يستحقها الوكيل فى عقد الوكالة بالعمولة فإنه لا يجوز للقاضى تخفيضها وفقاً للرأى الراجح، ويعد هذا الحكم منطقياً ومتفقاً مع طبيعة هذا العقد ذلك أن الاتفاق على الأجر إنما يتم بين تجار يتمتعون بالخبرة الكافية فى تقدير الأجر مما لا يتصور معه أن يقع غبن على أحدهم[٢].

وقد نصت على ذلك المادة ١٥٠ تجارى جديد حيث نصت على «١- تكون الوكالة التجارية بأجر. ٢- يستحق الوكيل التجارى الأجر بمجرد إبرام الصفقة التى كلف بها وكذلك يستحق الأجر إذا أثبت تعذر إبرام الصفقة بسبب يرجع إلى الموكل. ٣- ... ٤- ...» ويستفاد من هذا النص أن الوكالة التجارية تكون بأجر، ويعتبر هذا النص مجرد تطبيق للقواعد العامة حيث تخرج التبرعات بحسب الأصل من نطاق القانون التجارى الذى يعتبر المضاربة أحدى دعائمه، ويستحق الوكيل التجارى الأجر بمجرد إبرام الصفقة التى كلف بها دون الانتظار لتنفيذها بواسطة الغير المتعاقد مع الوكيل التجارى، ومن البدهى أن هذا الحكم لا يسرى إلا إذا كان

---

١) كما تنص المادة ٧٠٩ مدنى على أن «الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك ...».

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ على البارودى- المرجع السابق صـ٤٨ رقم ٣٧، دكتور/ على جمال الدين عوض- المرجع السابق صـ١٢٠، دكتور/ على يونس- المرجع السابق صـ١٤٣، دكتور/ فريد مشرقى- أصول القانون التجارى المصرى جـ١ الطبعة الثانية ١٩٥٤ رقم ٣٧٥ صـ٤٦٨-٤٧٠، دكتور/ مصطفى طه- المرجع السابق صـ٣٢٠.

الوكيل ضامناً لتنفيذ الصفقة بمقتضى نص فى العقد. ويستحق الوكيل الأجر المتفق عليه إذا لم تتم الصفقة بسبب يرجع إلى الموكل، ويلاحظ أن الوكيل يستحق الأجر هنا لا على سبيل التعويض ولكن على أساس أنه قام بتنفيذ التزامه الأساسى طبقاً للعقد الأمر الذى يعنى أن التزام الوكيل هو فى حقيقته التزام ببذل عناية[1].

وبذلك يمكن حصر الحالات التى يستحق فيها الوكيل بالعمولة أجراً فى حالتين:

الحالة الأولى: إبرام الصفقة التى كلف بها:

ويقصد بإبرام الصفقة انعقاد التصرف المعهود به إلى الوكيل بالعمولة، فإذا كان مكلفاً بالبيع أو الاستئجار مثلاً لا يستحق أجره إلا بانعقاد عقد البيع أو الإيجار بينه وبين الغير، كما لا يستحق الوكيل عمولته أو أجره إذا قام بعمل مخالف لما كلف به أو قام بالعمل المكلف به ولكن بعد انقضاء الوكالة وفقاً للعقد بينه وبين موكله ما لم تكن هذه الأعمال فى حقيقتها جزء من التعاقد الأصلى الذى تم خلال مدة الوكالة أو اتفق على خلاف ذلك أو كانت هناك نية واضحة من ظروف التعاقد تجعل الوكيل له الحق فى الأجر رغم انقضاء مدة الوكالة[2].

والجدير بالذكر أن حق الوكيل بالعمولة فى الأجر غير مرتبط بتمام تنفيذ العقد، ذلك أن التزامه – قبل الموكل – ليس التزاماً بنتيجة فهو يستحق أجره بعد إبرامه الصفقة ولو لم يتم تنفيذها كما سبق القول طالما لم يصدر منه خطأ، كما لو امتنع المتعاقد معه عن تسليم البضائع أو عجز عن دفع الثمن وترتب على ذلك فسخ العقد. ولما كانت القوة القاهرة – التى تحول دون إتمام الصفقة – أمراً خارجاً عن إرادة الوكيل بالعمولة، فإنها لا تمنع هذا الأخير من استحقاقه الأجر ما لم يكن ضامناً لإتمام التنفيذ كما هو الحال عند إدراج شرط الضمان بعقد الوكالة بالعمولة أو كان العرف الجارى يقضى بذلك ويجرى العرف على دفع أجر مضاعف فى حالة شرط الضمان.

---

١) راجع فى ذلك: دكتورة/ سميحة القليوبى – المرجع السابق صـ٥٥.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ على جمال الدين عوض – العقود التجارية ١٩٨٢ دار النهضة العربية صـ١١٦.

الحالة الثانية: تعذر إبرام الصفقة بسبب يرجع إلى الموكل:

يثور التساؤل عما إذا كان الوكيل بالعمولة يستحق أجره إذا ثبت أن تعذر إبرام الصفقة يرجع إلى سبب من الموكل، فإذا قام الوكيل بالعمولة من جانبه بكل ما من شأنه انعقاد العقد واتبع فى ذلك كافة تعليمات الموكل وأوامره ثم رفض الموكل رغم ذلك الصفقة أو حدث منه ما يعرقل إتمامها أو قام هو بإبرام الصفقة مباشرة دون الوكيل بالعمولة فما أثر ذلك على حق الوكيل بالعمولة فى الأجر؟

وكان القانون التجارى الملغى قد خلت نصوصه من نص يعالج هذه المسألة حيث لم يرد به نص يقرر حق الوكيل بالعمولة فى الأجر فى مثل هذه الحالات فإن القضاء ينظر فى كل حالة على حدة وظروف كل منها لتقدير ما يستحقه الوكيل بالعمولة من تعويض وتقدير ما نتج عن الموكل من تصرفات أدت إلى فشل مهمة الوكيل[1].

وقد تدارك التقنين التجارى الجديد هذا القصور فى نص المادة ١٥٠ فقرة ٢ والتى جرى نصها على أنه «٢- يستحق الوكيل التجارى الأجر بمجرد إبرام الصفقة التى كلف بها وكذلك يستحق الأجر إذا أثبت تعذر إبرام الصفقة بسبب يرجع إلى الموكل.» وبذلك فإنَّ الوَكيلَ بالعمولة يستحقُ أجره إذا ثبتَ أنَ تعَذرَ إبَرام الصفقة المكلف بها يرجع إلى سبب من جانب الموكل.

أما إذا كان تعذر إبرام الصفقة بسبب يرجع إلى المتعاقد الآخر أو الغير فإن الوكيل بالعمولة لا يستحق أجره فى مواجهة الموكل لأن الأجر مرتبط بمباشرة التصرف لحساب الموكل وليس أمام الوكيل بالعمولة إلا الرجوع على المتعاقد الآخر أو الغير بالتعويض لما أصابه من ضرر نتيجة عدم إبرام الصفقة[2].

وقد أشارت إلى ذلك المادة ١٥٠ فقرة ٣ تجارى جديد حيث نصت على أنه «٣- فى غير الحالتين المشار إليهما فى الفقرة السابقة لا يستحق الوكيل أجراً وإنما يستحق تعويضاً عن الجهد الذى بذله طبقاً لما يقضى به العرف التجارى.» وبذلك فإذا لم يقم الوكيل بإبرام الصفقة المكلف بها أو كان عدم إتمامه لها يرجع إلى سبب

---

1) Askara: P89, No, 720-D, 1956-779- Mars 10/11/1956.

٢) راجع فى ذلك: دكتورة/ سميحة القليوبى- المرجع السابق صـ٨٤ .

من جانب الموكل فإنه لا يستحق أجراً وإنما يستحق تعويضاً عن الجهد الذى بذلـه من أجل إتمام الصفقة طبقاً لما يقضى به العرف التجارى وبذلك فقد عالج المشرع مسألة عدم إتمام الصفقة لسبب يرجع إلى الغير المتعاقد مع الوكيل بالعمولة، حيـث يحق للوكيل بالعمولة فى هذه الحالة المطالبة بالتعويض عن الجهد الذى بذلـه فـى سبيل إتمام الصفقة طبقاً لما يجرى عليه العرف التجارى، ولم يفرق النص بين حق الوكيل بالعمولة فى مطالبة الموكل أو الغير بالتعويض ولكن الأقرب إلى المنطـق والعدالة أن يرجع الوكيل بالعمولة على المتعاقد الآخر أو الغير بالتعويض، ذلك لأن الرجوع على الموكل بالأجر مرهون بحالتين: الأولى: أن يقـوم بـإبرام الـصفقة المكلف بها، والثانية: أن يكون عدم إبرام الصفقة يرجع إلى الموكل، وطالما أنه لم تتحقق إحدى هاتين الحالتين فإن الموكل لا يتحمل التعويض الناجم عن أسـباب لا دخل لإرادته فيها وإنما الغير الذى تسبب فى عدم إبرام الصفقة هو الـذى يتحمـل بالتعويض المستحق للوكيل بالعمولة.

وإذا لم يتم الوكيل بالعمولة العمل المكلف به لا يستحق الأجر ما لـم يـتم الاتفاق على غير ذلك، ولكن للوكيل بالعمولة مطالبة الموكل بالتعويض عن الجهود التى بذلها فى سبيل إتمام الصفقة ووفقاً للرأى الراجح تقدر هذه التعويضات بنصف مقدار العمولة[1] وللقضاء مطلق الحرية فى تقدير هذه التعويضات على ضوء مـا يبذله الوكيل بالعمولة من جهد ووفقاً لما يقضى به العـرف التجـارى فـى هـذا الخصوص.

كما يلتزم الموكل – بناء على عقد الوكالة بالعمولة – بدفع كافة المصاريف التى تحملها الوكيل فى سبيل إتمام العمل المكلف به، ومـن الأمثلـة علـى ذلـك المصاريف التى ينفقها الوكيل بالعمولة للمحافظة على البضاعة أو مقابل إيـداعها المخازن أو إجـراء التأميـن عليها فـى حالـة طلـب الموكـل أو إذا اقتـضى

1) **Robeer, No: 2659, Al instar du tribunal de seine 13/10/1956- D, et le tribunal de paris, séance 25/4/1956- D, 705-1956.**

وراجع فى ذلك: دكتور/ أكثم الخولى- المرجع السابق صـ٢٠٧ .

ومن الأمثلة التى يستحق فيها الوكيل بالعمولة تعويضاً عما يقوم به من مجهودات حالة ما إذا أدى قيامه بعمل معين إلى إتمام عمل آخر لم يتفق عليه.

العرف أو طبيعة البضاعة ذلك، أو مصاريف نقلها أو مقابل ما يتحمله عند تخليص البضائع من المنطقة الجمركية إلى غير ذلك من النفقات التي تقتضيها طبيعة البضاعة.

ويلتزم الموكل برد جميع هذه المصاريف إلى الوكيل بالعمولة حتى إذا لم تتم الصفقة المعهود إليه بها طالما لم يصدر منه خطأ[١] إعمالاً للمادة ٧١٠ مدني.

ويجرى قضاء النقض على التزام الموكل بالمصروفات التي يتكبدها الوكيل لإتمام العمل المسند إليه[٢] ويلتزم الموكل – علاوة على رد النفقات والمبالغ التي تحملها الوكيل بالعمولة في تنفيذ الوكالة – بأن يدفع فوائد هذه المبالغ والنفقات محسوبة من يوم إنفاقها[٣] ويختلف التزام الموكل في هذا الخصوص عن الالتزام بدفع الأجر حيث لا يلزم بدفع فوائد الأجر في حالة التأخير عن الوفاء إلا من يوم المطالبة القضائية تطبيقاً للقواعد العامة ويلتزم الموكل علاوة على ذلك أن يقوم بتعويض الوكيل بالعمولة عن الأضرار التي تصيبه من جراء تنفيذ العمل الموكل إليه طالما لم يصدر منه خطأ إعمالاً لأحكام المادة ٧١١ مدني.

---

١) تنص المادة ٧١٠ مدني على أنه «على الموكل ان يرد للوكيل ما انفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح في تنفيذ الوكالة فإذا اقتضى تنفيذ الوكالة أن يقدم الموكل للوكيل مبالغ للإنفاق منها في شئون الوكالة وجب على الموكل أن يقدم هذه المبالغ إذا طلب الوكيل ذلك» ويسرى حكم هذه المادة على الوكالة بالعمولة – دكتور/ علي يونس- المرجع السابق صـ١٢٢ .

٢) راجع في ذلك: نقض مدني- الطعن رقم ٣١ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩٠/٥/٢٨ .

٣) راجع في ذلك: نقض مدني – الطعن رقم ٢٦٤ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٠/١/٢٩ السنة ٢١ صـ١٣.

الغصن السادس

الضمانات المقررة لطرفى عقد الوكالة بالعمولة

يتعاقد الوكيل بالعمولة باسمه الشخصى مع الأغيار بحيث يبدو فى الظاهر على أنه الطرف الحقيقى والمستفيد من التعاقد، ويعنى ذلك تحمله لقدر كبير من المخاطر المتعلقة بالعقد محل الوكالة، وبذلك يحتاج إلى بعض الضمانات التى تطمئنه إلى قدرته على مواصلة ممارسة نشاطه ومن جهة أخرى يتعرض الموكل أيضاً لبعض المخاطر الناتجة أيضاً عن تعاقد الوكيل بالعمولة باسمه الشخصى، فقد يتجه الوكيل بالعمولة إلى الاحتفاظ بمغانم الصفقة لنفسه فيرفض تسليم البضاعة المشتراة إلى الموكل أو يرفض تسليمه ثمن بيعها، وفى حالة إفلاس الوكيل بالعمولة وهو حائز للبضاعة المملوكة للموكل ينشأ التعارض بين مصلحة الموكل ومصلحة جماعة دائنى الوكيل بالعمولة فبينما يريد الموكل استرداد البضاعة المملوكة له تريد جماعة الدائنين إبقاءها فى تفليسة الوكيل بالعمولة لإمكان التنفيذ عليها ونستعرض فيما يلى ضمانات كل من طرفى عقد الوكالة بالعمولة.

إذا ما تعاقد الوكيل بالعمولة باسمه الشخصى لحساب الموكل فإن آثار العقد الذى أبرمه تمر بذمة الوكيل بالعمولة أولاً على اعتبار أنه هو المتعاقد الأصلى الذى شارك بإرادته فى إبرام العقد، ثم يتولى بعد ذلك نقل هذه الآثار من حقوق والتزامات إلى ذمة الموكل، وذلك بموجب عقد الوكالة ذاته دون حاجة إلى أى تصرف جديد يبرمه الوكيل بالعمولة مع الموكل لنقل هذه الآثار لأن الوكيل بالعمولة يمارس نشاطه كوسيط على وجه الاحتراف وبالتالى يحصل على مقابل لذلك ممثلاً فى العمولة التى يحصل عليها من الموكل حسب الاتفاق، كما يلتزم بأن يرد إلى الوكيل بالعمولة النفقات التى أنفقها فى سبيل تنفيذ الوكالة مع الفوائد المستحقة على ذلك من وقت الإنفاق.

ويكون للوكيل بالعمولة الحق فى حبس البضائع المسلمة إليه أو التى تسلمها لحساب الموكل[1] وغيرها من الأشياء التى يرسلها إليه الموكل أو يودعها لديه أو

---

١) المادة ٨٥ من التقنين التجارى وتمد المادة ٨٦ نطاق الحبس إلى الأوراق التجارية المخصصة لسداد الدين مادامت فى حيازة الوكيل بالعمولة.

يسلمها له فضلاً عن حق الامتياز المقرر على هذه البضائع والأشياء، وقد نصت على ذلك المادة ١٥٩ من التقنين التجارى الجديد والتى جرى نصها على أن «١- للوكيل فضلاً عن حقه فى الحبس امتياز على البضائع وغيرها من الأشياء التى يرسلها إليه الموكل أو يودعها لديه أو يسلمها له. ٢- يضمن الامتياز أجر الوكيل والمصاريف والمبالغ التى يدفعها عن الموكل أو يقرضها له وغير ذلك من المبالغ التى تستحق للوكيل سواء أنفقت قبل تسليم البضائع أو الأشياء أو أثناء وجودها فى حيازة الوكيل. ٣- ...» ويظل حق الحبس مقرراً له مادامت البضاعة تحت يديه أما إذا خرجت من حيازته فقد الحق فى حبسها[١].

ويلاحظ من ذلك النص أنه قد أغفل فى تحديده لمحل الامتياز ذكر البضائع وغيرها من الأشياء التى يتسلمها الوكيل من الغير المتعاقد معه لحساب الموكل، ومن ثم فإن قواعد التفسير الضيق تفرض استبعاد هذه البضائع والأشياء من محل الامتياز، ويضمن الامتياز ما يستحق للوكيل من أجر فضلاً عن المصاريف التى ينفقها تنفيذاً لعقد الوكالة مثل المصروفات اللازمة للحفاظ على البضائع وصيانتها والتأمين عليها إذا كان التأمين واجباً، كما يشمل كافة المبالغ التى يدفعها الموكل كما لو كان الوكيل مفوضاً بالشراء ودفع ثمن البضاعة للغير بالإضافة إلى المبالغ التى يقرضها الوكيل للموكل.

والواقع أن حق الحبس يثبت من القواعد العامة لكل وكيل، وهو لا يخرج عن أن يكون وسيلة لممارسة حق الامتياز، وحق الحبس المقرر فى المادة ١٥٩ تجارى يختلف عن حق الحبس المقرر فى القواعد العامة المقرر فى المادة ٢٤٦ فقرة ٢ مدنى. إذ بينما تشترط المادة ٢٤٦ فقرة ٢ مدنى ارتباطاً لحكماً بين الشئ المحبوس وبين المبالغ والمصروفات التى يضمنها الحبس فلا يكون الحبس إلا لاستيفاء المصروفات الضرورية أو النافعة التى أنفقها الحابس على الشئ، نجد أن الحبس المقرر فى المادة ١٥٩ تجارى يضمن جميع المبالغ التى أنفقها أو دفعها الوكيل سواء كان قبل إرسال البضائع أو استلامها أو فى أثناء وجودها فى حيازته فالارتباط هنا بين المبالغ وعقد الوكالة بوجه عام.

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ رضا عبيد- القانون التجارى- الطبعة الخامسة ١٩٨٦□ - فقرة ٣٢٤ .

وينفرد الوكيل بالعمولة بحق الامتياز دون الوكيل العادى لأنه محترف ونظراً لما يتعرض له من مخاطر لتعاقده باسمه الخاص. وقد نصت المادة ١٥٩ تجارى على حق الوكيل بالعمولة فى الامتياز على البضائع الموجودة طرفه والمودعة عنده وله أيضاً الحق فى حبسها ويقدم على غيره فى استيفاء المبالغ التى أقرضها أو دفعها سواء كان ذلك قبل إرسال البضائع أو استلامها أو فى أثناء وجودها فى حيازته، وفى جميع الأحوال يشترط أن تكون هذه المبالغ قد استحقت للوكيل بسبب عقد الوكالة دون اعتبار لما كانت هذه المبالغ تتعلق بالبضائع أو الأشياء التى لا تزال فى حيازة الوكيل والتى يمارس عليها حقه فى الحبس أو ببضائع أو أشياء أخرى خرجت من حيازته.

والواقع أن امتياز الوكيل بالعمولة من الامتيازات المالية القائمة على فكرة الرهن الضمنى، فالفرض أن الطرفين قد اتفقا على إنشاء رهن على البضائع لمصلحة الوكيل بالعمولة ولذلك يستبعد هذا الامتياز إذا ثبت أن الطرفين أرادا استبعاده أو أن الوكيل بالعمولة قد تنازل عنه. ولما كان أساس هذا الامتياز هو فكرة الرهن الضمنى فالأصل أن البضائع التى يرد عليها يجب أن تكون فى حيازة الوكيل بحيث يفقد امتيازه إذا خرجت البضائع من يده ومع ذلك فإن للوكيل أن يباشر امتيازه على الثمن[١].

ويتمتع الموكل بضمانتين أساسيتين؛ الأول يقرره قانون العقوبات والثانى يتمثل فى حق الموكل فى استرداد البضاعة من تفليسة الوكيل بالعمولة.

سبق القول بأن الموكل قد يخشى استبقاء الوكيل بالعمولة مغانم الصفقة محل الوكالة ويستأثر بها لنفسه، ويمثل ذلك تبديداً إما للبضاعة التى سلمها الموكل له من أجل بيعها أو تلك التى يتسلمها الوكيل بالعمولة فى حالة الشراء وقد يرد التبديد على ثمن بيع البضاعة الذى يقبضه الوكيل بالعمولة.

ولما كان عقد الوكالة بالعمولة هو فى جوهره عقد وكالة، فهو يعتبر بالتالى من قبيل عقود الأمانة فى مفهوم المادة ٣٤١ من قانون العقوبات، وعلى ذلك يتعرض الوكيل بالعمولة للعقوبات المنصوص عليها فى هذه المادة إذا ما خان

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ علي جمال الدين عوض – المرجع السابق صـ١٢٧.

الأمانة وقام بتبديد بضاعة الموكل أو المبالغ المستحقة له، ويمثل هذا التهديد الجنائى للوكيل بالعمولة ضماناً قانونياً للموكل.

وبعد شهر إفلاس الوكيل بالعمولة يتولى السنديك حصر أمواله تمهيداً لتصفيتها ما لم تنته حالة الإفلاس بوسيلة أخرى، فإذا كانت البضاعة التى تسلمها الوكيل بالعمولة بمناسبة عقد الوكالة بالعمولة لازالت تحت يده فقد يخشى الموكل أن يشملها السنديك ضمن أموال الوكيل المفلس.

وقد يكون تسليم هذه البضاعة من الموكل إلى الوكيل بالعمولة من أجل بيعها، فإذا أفلس هذا الأخير قبل أن يقوم ببيعها إلى الغير فهى لا تزال على ملك الموكل وقد يكون الوكيل بالعمولة قد قام باستلامها من الغير بعد أن اشتراها منه فتكون الملكية قد انتقلت بذلك إلى الموكل لأن عقد البيع يتم لحساب هذا الأخير. ففى هاتين الحالتين يكون الموكل مالكاً للبضاعة التى تحت يد الوكيل بالعمولة المفلس، وتقضى المادة ١٧٥ من قانون التجارة الجديد بأن الموكل يستطيع استرداد البضاعة من تفليسة الوكيل بالعمولة بوصفه مالكاً لها، لكن يتعين عليه أن يثبت هذه الملكية مما يقتضى تعيينها بالذات من بين البضائع العديدة التى قد تكون فى حيازة الوكيل بالعمولة لموكلين مختلفين وله فى سبيل ذلك استعمال كافة طرق الإثبات[1].

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ على البارودى- المرجع السابق- فقرة ٥٩.

الغصن السابع
حكم تصرفات الوكيل بالعمولة

أن النيابة في التعاقد قد تقرر على خلاف الأصل العام في التعاقد الذي يقضي بأن كل شخص يشارك بإرادته في إبرام العقد بنفسه ولحسابه بحيث تنصرف الآثار المترتبة عليه سواء الإيجابية منها أو السلبية إلى ذمته المالية دون غيره، بحيث يكون هو الدائن بالحقوق والمدين بالالتزامات المتولدة عن العقد الذي أبرمه بنفسه، والنيابة في التعاقد كنظام قانوني اعترف به المشرع في المواد ١٠٤، ١٠٥ من القانون المدني يقوم على أساس أن يتعاقد النائب باسم ولحساب الأصيل بحيث تحل إرادته محل إرادة الأصيل في ذلك من خلال معطيات التعبير الصادرة منه، وأن يتجه قصد كل من النائب والغير المتعاقد معه على انصراف آثار العقد المطلوب أبرامه في ذمة الأصيل مباشرة فإن اتجه قصدهما إلى عدم تأثر ذمة الأصيل مباشرة بتلك الآثار فإن النيابة لا تقوم ويقوم تصرف قانوني آخر[1]، وأن يعلن النائب وقت التعاقد عن صفته الحقيقية في التعاقد وأنه يتعاقد بصفته نائباً عن شخص محدد ويستوي في ذلك أن يكون هذا الإعلان صريحاً أو ضمنياً ولا شك أن العلة التي ابتغاها المشرع من هذا الإعلان هو أن يمارس الغير المتعاقد مع النائب الرخصة المقررة له وهي رخصة قبول أو رفض التعاقد على ضوء الاعتبارات التي يعول عليها[2] والتي يدخل فيها المركز المالي بأن يكون مركزه المالي سيئ بحيث لا يستطيع الوفاء بالالتزامات المقررة عليه واحتمال الدخول في قسمة الغرماء نتيجة للإفلاس أو الإعسار، كما يدخل في هذه الاعتبارات السمعة في الوفاء بالالتزامات بأن يكون الشخص الذي يرغب في التعاقد معه مماطلاً ومساوفاً في الوفاء بالالتزامات أو يواجهه معاناه في استيفاء الحقوق الناشئة عن العقد، ومن هذه الاعتبارات العوامل الدينية مثال ذلك الخادم في مسجد أو مستخدم في جمعية دينية أو مدرس يتعاقد مع دار للتربية ذات طابع ديني معين[3] بالرغم من أنه يجب إلا

---

١) حيث يقوم التعاقد بنظام الوكالة بالتسخير.

٢) راجع في ذلك: دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد – المرجع السابق صـ٧، ٢٨.

٣) راجع في ذلك: دكتور/ سمير إسماعيل – الرسالة السابقة صـ٣٤ فقرة ٤٢.

يكون للدين أي أثر على العلاقات المالية للأفراد لأن حرية العقيدة مكفولة للجميع والعوامل الاجتماعية والعائلية مثال ذلك الفوارق الاجتماعية والمشاكل العائلية قد تكون سبباً في عدم قيام الروابط العقدية(١)، أو غير ذلك من الاعتبارات المستمدة من فكرة الجنسية وخير مثال لذلك الشركات التي تتعامل بنظام البيع بالتقسيط حيث نجد أنها ترفض التعاقد مع أجانب وذلك خشية المعاناة من الحصول على حقوقها، أو الاعتبارات المستمدة من آثار الحروب وخير مثال لذلك حرب الخليج حيث ترفض الشركات الكويتية التعامل مع الشركات العراقية أو الشركات التي تنتمي إلى دول عربية أخرى أيدت العراق(٢) وعلى ذلك فكل شخص يرغب في إبرام عقد مع الغير فإنه يهتم بالدرجة الأولى بالعلم بالشخص الذي سيكون طرفاً معه في هذا العقد والذي ستتصرف في ذمته الآثار المترتبة عليه، وبناء على ذلك يقرر أما قبول التعاقد مع هذا الشخص أو رفض التعامل معه وخاصة إذا كان العقد المزمع أبرامه من العقود الفورية التي يتراخى تنفيذها إلى فترة معينة من الزمن مثال ذلك عقود البيع متراخية التنفيذ بأن يشترى الأب سيارة باسم ابنه القاصر دون أن يعلن عن صفته الحقيقية في التعاقد للبائع، وعلى ذلك إذا كان الثمن مقسطاً على أقساط شهرية فإن البائع في هذه الحالة يهمه أن يعرف الشخص الذي سيكون ملتزماً بالسداد حتى يمكن موازنة ذلك والتأكد من حصوله على الأقساط بانتظام دون معاناة في ذلك، أو كان العقد المراد أبرامه من العقود الزمنية مثل عقود الإيجار أو العمل أو المقاولة، وعلى ذلك قد يقبل الغير المتعاقد التعاقد مع النائب بشخصه ويرفض التعاقد معه باعتباره نائباً عن شخص محدد، أو يقبل التعاقد مع الأصيل الذي علم به من خلال معطيات التعبير الصادر من النائب سواء أكان صريحاً أو ضمنياً ويرفض التعاقد مع النائب بشخصه، ويجب أن تقع آثار العقد الذي يبرمه النائب مع الغير في ذمة الأصيل مباشرة سواء الإيجابية منها أو السلبية ولا شأن للنائب بهذه الآثار ما لم تكن نيابته شاملة لمرحلة تنفيذ العقد وفي هذه الحالة يظل النائب موجوداً على مسرح التعاقد حتى يتم تنفيذ العقد وعلى ذلك فإن تلقى آثار العقد فإنها تكون في يده بصفة أمانة ومن ثم لا يستطيع التصرف فيها بأى وجه من أوجه التصرفات وإذا

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ سمير إسماعيل – الرسالة السابقة صـ١٣.

٢) راجع في ذلك: دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد – المرجع السابق هامش صـ٢٨.

بددها سئل عن جريمة التبديد طبقاً لأحكام المادة ٣٤١ من قانون العقوبات وإن رفض تسليمها واستولى عليها سئل عن جريمة خيانة الأمانة طبقاً لأحكام المادة ٣٣٦ من قانون العقوبات وإذا تصرف فيها سئل عن التصرف في ملك الغير وطبقت عليه أحكامه، وعلى ذلك فإن يد النائب على هذه الآثار هي يد أمين وليست يد مالك[1] وينتهي دوره إذا كانت نيابته شاملة لمرحلة تنفيذ العقد بمجرد أن يتلقى الأصيل الآثار المترتبة على العقد، فضلاً عن أنه لا يتسنى لدائني النائب الحجز على هذه الحقوق الموجودة في ذمته لحساب الأصيل لأنها ليست ملكاً له ولكنها ملك للأصيل، كما أنه لا يلتزم من حيث المبدأ بالوفاء بالحقوق المترتبة على العقد للمتعاقد معه من ذمته المالية لأنه ليس طرفاً في الآثار المترتبة على العقد وخاصة الآثار الاقتصادية، ومعنى ذلك أن النائب لا يكون مسئولاً أمام الغير المتعاقد معه بصفته الشخصية ما لم يكن ضامناً للأصيل أو ارتكب خطأ تقصيرياً أثناء إبرام العقد وعندئذ تتحرك مسئوليته الشخصية في هاتين الحالتين بصرف النظر عن صفته العقدية وكونه نائباً عن شخص محدد[2] وعلى ذلك فإن النائب سواء كان وكيلاً أو وصياً أو ولياً عندما يعبر عن صفته في التعاقد وأنه يتعاقد بصفته نائباً فإنه بذلك يريد أن يخبر الغير المتعاقد معه بأن آثار هذا العقد سواء كانت حقوق أو التزامات سوف تنصرف في ذمة شخص آخر وهو الأصيل دون أن تمر بذمته المالية واشترط المشرع لذلك أن يتعاقد النائب باسم الأصيل وذلك حماية للأخير وإتاحة الفرصة للغير التعرف على الشخص الذي سيكون طرفاً في التعاقد.

ولقد استقر الفقه والقضاء[3] على أن الوكالة بالعمولة نظام قانوني مستقل

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ عبد الحي حجازي – المرجع السابق صـ٧٩٨، دكتور/ عبد الرزاق السنهوري – الوسيط جـ٧ (سابق الإشارة إليه) صـ٨٢٥ وما بعدها ونظرية العقد صـ٢٢٠، دكتور/ محمد زكى عبد المتعال – البحث السابق صـ٨، ٩، ١٠.

٢) راجع في ذلك: دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد – المرجع السابق صـ١٦٤.

٣) راجع في ذلك: دكتورة/ سميحة القليوبي– المرجع السابق صـ٣٢ وما بعدها، دكتور/ محمد بهجت قايد– العقود التجارية ١٩٩٥ الطبعة الأولى– دار النهضة العربية– صـ٢٩ وما بعدها، دكتور/ مراد منير فهيم– القانون التجاري– العقود التجارية وعمليات البنوك– منشأة دار المعارف بالإسكندرية ١٩٨٢– صـ٨٨، دكتور/ هاني محمد دويدار – العقود التجارية والعمليات المصرفية – دار الجامعة الجديدة للنشر ١٩٩٤ صـ٥٠، ٥١، ومن أحكام القضاء – الطعن رقم ٩٦٠ لسنة=

عن النيابة فى التعاقد وبالتالى فإن تصرفات الوكيل بالعمولة لا تسرى عليها الأحكام الخاصة بالنيابة فى التعاقد بصرف النظر عما إذا كان الوكيل بالعمولة قد أعلن صراحة أو ضمناً عن حقيقة قصده بأنه قصد أن تنصرف آثار العقد الذي يبرمه في الذمة المالية للشخص الذي قصده من عدمه، أي أن قصده قد اتجه إلى انصراف آثار العقد في ذمة شخص محدد ولكن الوكيل بالعمولة يظل موجوداً على مسرح التعاقد حتى ولو كان الغير المتعاقد معه يعلم حقيقة أو حكماً بصفته الحقيقية في التعاقد أو كان يستوى الأمر عند الغير أن يتعاقد مع الوكيل بالعمولة أو الموكل[1] وبناء على ذلك كان على الفقه والقضاء البحث عن معيار للتفرقة بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية، ولقد سبق استعراض هذه المعايير تفصيلاً[2] ولذلك فلا وجه لاستعراضها في هذا المقام منعاً للتكرار، ولكن الأمر يتطلب الوقوف على النظام القانوني للوكالة بالعمولة كما قصده المشرع ومدى تطابق هذا النظام مع النظام القانوني للنيابة في التعاقد، فقد سبق القول بأن جوهر النيابة في التعاقد يقوم على انصراف قصد النائب نحو المشاركة بإرادته في إبرام العقد مع الغير المتعاقد معه وأن تنصرف الآثار المترتبة على العقد سواء الإيجابية منها أو السلبية في ذمة الأصيل مباشرة، دون أن تمر بذمة النائب المالية على الاطلاق حتى ولو كان سند النيابة يخوله سلطة استيفاء الحقوق الناشئة عن العقد من الغير لأنه يعتبر في هذه الحالة مجرد أمين على هذه الحقوق[3] وبالتالي لا يجوز له التصرف فيها بأي وجه

=٦٠٤ق جلسة ١٩٨٣/٤/١٨ السنة ٣٤ صـ٩٩١، الطعن رقم ٧٣١ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٥.

١) إجماع الفقه والقضاء على ذلك. راجع فى ذلك: دكتور/ حمد الله محمد حمد الله- الوكيل بالعمولة للنقل- دار النهضة العربية ١٩٩٢- صـ٦٣ وما بعدها، دكتور/ زكى زكى الشعراوى- العقود التجارية فى القانون والفقه والقضاء المصرى- دار النهضة العربية- صـ٤٦، ٤٧(*)، دكتورة/ سميحة القليوبى- المرجع السابق- صـ٤١ وما بعدها، دكتور/ عبد الحميد الشواربى - القانون التجارى - العقود التجارية - منشأة دار المعارف بالإسكندرية(*) صـ٢٨، ٢٩.

Chardin, le contrat de consomation de credit et t'autonomie de la volonte, 1988 L.G.D.J. p. 57et. S.

٢) راجع فى توضيح هذه المعايير تفصيلاً صـ٢٥١ وما بعدها.

٣) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الحى حجازى- المرجع السابق صـ٧٩٨، دكتور/ عبد الرزاق السنهورى- الوسيط جـ٧ (المرجع السابق) صـ٩٢٥ وما بعدها ونظرية العقد صـ٢٢٠، دكتور/ محمد زكى عبد المتعال- البحث السابق صـ٨، ٩، ١٠.

من أوجه التصرف أو تبديدها أو رفض ردها والاستيلاء عليها لأن ذلك يجعله يقع تحت طائلة القانون، كما أنه لا يجوز لدائنيه الحجز على هذه الحقوق فضلاً عن عدم التزامه بالوفاء بحقوق المتعاقد معه من ذمته المالية ومعنى ذلك فإنه لا يكون مسئولاً بصفته الشخصية تجاه الغير المتعاقد معه ما لم يكن ضامناً للأصيل أو ارتكب خطأ تقصيرياً بحيث تقوم مسئوليته التقصيرية وفي الحالتين تقوم مسئولية النائب بصرف النظر عن صفته الحقيقية في التعاقد وكونه يتعاقد بصفته نائباً، ولما كان التعاقد بطريق النيابة في التعاقد قد تقرر على خلاف الأصل العام في التعاقد كما سبق البيان[١] فقد ابتغى المشرع من ذلك حماية الأصيل واعطاء الفرصة للغير المتعاقد مع النائب التعرف على الشخص الذي سوف يكون طرفاً في الآثار المترتبة على العقد حتى يقرر أما قبول أو رفض التعاقد وفق ما تمليه مصلحته الشخصية، وإذا ما عبر النائب أثناء التعاقد صراحة أو ضمناً وذلك من خلال معطيات التعبير الصادرة منه وإن هذا التعبير يتم تفسيره وفقاً لمعيار الرجل العادي أنه يتعاقد باسم الأصيل، ويستفاد من ذلك أن تعبيره الصادر منه يتطابق مع حقيقة قصده الداخلي سواء من ناحية الأثر الاقتصادي أو الأثر القانوني، وعلى العكس من ذلك إذا لم يعلن النائب صراحة أو ضمناً بأنه يتعاقد بصفته نائباً عن شخص محدد عندئذ لا يتحقق التطابق بين معطيات التعبير الصادرة من النائب ومحتوى قصده من ناحية الأثر الاقتصادي والقانوني[٢] لأن الإيجاب الذي يحتوى على التعبير يوضح طبقاً للأصل العام في التعاقد بأن آثار العقد تقع في ذمة صاحبه دون غيره على الرغم من أن محتوى القصد انصرف إلى خلاف ذلك، وبناء على ذلك قرر المشرع أن الآثار المترتبة على الرابطة العقدية لا تقع في ذمة الأصيل إلا إذا كان النائب قد أعلن صراحة أو ضمناً عن صفته الحقيقية في التعاقد وأنه يتعاقد بصفته نائباً أو أن الغير كان يعلم حقيقة أو حكماً بصفة النائب الحقيقية في التعاقد وكونه يتعاقد بصفته نائباً، أو كان يستوى لدى الغير المتعاقد مع النائب التعاقد مع الأصيل أو النائب، فإذا ما توافرت أحدى هذه الحالات فإن العلاقة القانونية تنشأ بين الأصيل والغير المتعاقد مع النائب وينتهي دور هذا الأخير ويصبح بالتالي أجنبياً عن ثمار هذه العلاقة،

---

١) راجع في ذلك: صـ٢٩٨ من الرسالة.

٢) راجع في ذلك: دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد – المرجع السابق صـ١٦٤، ١٦٥.

وبالتالى فلا تقوم أدني علاقة بينه وبين الغير المتعاقد معه فلا يجوز للأخير الرجوع عليه حتى لو ثبت أن المركز المالي للأصيل لا يسمح بالوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد، ذلك لأنه يجب على كل شخص يرغب في التعاقد وفقاً للنظام القانوني للنيابة في التعاقد أن يكون عالماً وملماً بالأحكام الخاصة بذلك والتي من أهمها أن يقتصر دور النائب على المشاركة بإرادته في إبرام العقد فقط وبالتالي لا يكفي أن يكون الغير عالماً بأن المتعاقد معه نائب عن شخص محدد بل يجب أن يكون العلم شاملاً مضمون القصد بالنسبة للشخص الذي سيكون طرفاً في العقد أثناء إنتاجه لآثاره[1].

إن الأحكام الخاصة بالنيابة في التعاقد تقتضي أن يتعاقد الناب باسم الأصيل حتي يمكن قيام الرابطة العقدية بين الأخير والغير المتعاقد مع النائب وهذه هي أحدى سمات أحكام النيابة، ولقد قرر المشرع المصري قيام الرابطة العقدية بين الأصيل والغير المتعاقد مع النائب بالرغم من أن الأخير لم يفصح صراحة أو ضمناً عن صفته الحقيقية في التعاقد في حالتين نصت عليهما المادة ١٠٦ من القانون المدني بقولها «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب».

الحالة الأولى: إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم حقيقة أو حكماً أثناء إبرام العقد بصفته الحقيقية في التعاقد أي أنه يتعاقد مع نائب يبرم العقد لمصلحة شخص محدد.

الحالة الثانية: أن يستوى الأمر بالنسبة للغير المتعاقد مع النائب التعاقد مع الأصيل أو النائب والنظام القانوني للوكالة بالعمولة كما عناه المشرع يخلص في أن الوكيل بالعمولة لا ينتهي دوره بمجرد المشاركة بإرادته في إبرام العقد مع الغير المتعاقد معه لحساب الموكل ويختفى من مسرح التعاقد كما هو الحال بالنسبة للنائب ولكنه يظل موجوداً وظاهراً على ساحة التعاقد إلى حين اتمام تنفيذ الآثار المترتبة

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد – المرجع السابق صـ١٦٥.

على العقد الذي أبرمه مع الغير، إلا أن تواجد الوكيل بالعمولة على النحو المتقدم يختلف عن بقاء النائب الذي يخوله سند النيابة البقاء على مسرح التعاقد لحين اتمام تنفيذ العقد، لأن الوكيل بالعمولة يكتسب صفة الطرف بالمفهوم المادي أو الموضوعي في العقد الذي يشارك بإرادته في إبرامه مع الغير المتعاقد معه وبالتالي يكون هو الدائن والمدين في مواجهة الغير المتعاقد معه وإن كان يلتزم بأن ينقل آثار الرابطة العقدية إلى ذمة الموكل تنفيذاً للرابطة العقدية الموجودة بينهما، ولما كان الفقه[١] يعطى لمدلول الطرف التعاقدى معنيين احداهما شكلي بمعنى الذي يشارك بإرادته في إبرام العقد والآخر مادي بمعنى الذي يكتسب ويتحمل ما ترتبه العلاقة التعاقدية من حقوق والتزامات، بحيث يجتمع المعنيين حال إبرام المتعاقد للعقد بذاته وهذا هو الأصل في التعاقد فإذا تم التعاقد بطريق النيابة، كان هناك انفصام بين مدلول الطرف التعاقدي بمعناه الشكلي ومدلوله بمعناه الموضوعي أو المادي وبذلك يكتسب النائب صفة الطرف التعاقدي بمعناه الشكلي في حين يكتسب الأصيل صفة الطرف التعاقدي بمعناه المادي أو الموضوعي، وبالتالي فإن الوكيل بالعمولة يكتسب صفة الطرف بالمفهوم المادي أو الموضوعي لأنه هو الذي تنصرف في ذمته الآثار المترتبة على العقد سواء كانت حقوق أو التزامات لأنه يتعاقد مع الغير المتعاقد كما لو كان متعاقداً لمصلحته الشخصية في حين يكتسب النائب صفة الطرف بالمفهوم الشكلي وذلك لأنه يشارك بإرادته في إبرام العقد ولكن الأصيل هو الذي يكتسب صفة الطرف بالمفهوم الموضوعي أو المادي لأنه يتلقى الآثار المترتبة على العقد، ويفهم من ذلك أن جوهر الوكالة بالعمولة يكمن في أن ينصرف قصد الوكيل بالعمولة إلى المشاركة بإرادته في إبرام الرابطة العقدية مع الغير وانصراف الآثار المترتبة على ذلك في ذمته المالية أي أن هذه الآثار تقع في ذمته المالية ولا تنصرف في ذمة الموكل مباشرة كما هو الشأن بالنسبة للنظام القانوني للنيابة في التعاقد، بل أن الأمر يختلف بالنسبة للوكالة بالعمولة حيث يتعين أن تمر الآثار المترتبة على العقد أولاً في ذمة الوكيل بالعمولة[٢] وبالتالى يكون لهذا

---

١) راجع في ذلك: دكتور/عبدالحي حجازي-النظرية العامة للالتزام جـ١، ١٩٦٢م□صـ٦٠٢، ٦٠٣

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ حسنى المصرى - القانون التجارى - العقود التجارية - الطبعة الأولى=

الأخير الحق في التصرف في الحقوق الناتجة عن العقد بأي وجه من أوجه التصرفات القانونية دون أن يخضع لأحكام التصرف في ملك الغير، وإذا بددها فلا يمكن مساءلته عن جريمة التبديد المقررة للمادة ٣٤١ عقوبات كما هو الشأن بالنسبة لتصرفات النائب، لأن الوكيل بالعمولة يعتبر مالكاً لهذه الحقوق طالما أنها دخلت في ذمته المالية وأصبحت جزء منها ولم يقم بنقلها بعد إلى ذمة الموكل، كما أنه يمكن لدائني الوكيل بالعمولة توقيع الحجز على هذه الحقوق على أن يقوموا بذلك قبل أن ينقلها إلى ذمة الموكل[١] وإن كان في التصرف الصادر من الوكيل بالعمولة في الآثار الناتجة عن الرابطة العقدية ينطوي على إخلال بالتزامه التعاقدي تجاه الموكل.

ومن الجدير بالذكر أن الوكيل بالعمولة عندما يصدر منه الإيجاب المتضمن التعبير عن إرادته في التعاقد المقدم عليه، فإنه يريد بذلك أن يحيط الغير المتعاقد معه علماً بأن الآثار المترتبة على العقد المراد إبرامه سوف تتصرف في ذمته المالية، وبالتالي يكون المستفيد من هذا التعاقد قد تم الكشف عنه للغير المتعاقد، ومن ثم فإنه لا يقع على عاتق الوكيل بالعمولة التزام تعاقدي بضرورة الإعلان عن صفته الحقيقية في التعاقد لأن العلم بهذه الصفة أي بأن الوكيل بالعمولة يتعاقد بصفته الشخصية وكونه لا يتعاقد بصفته نائباً لا يكون له أي أثر قانوني ذلك لأنه سواء تم الإعلان صراحة أو ضمناً عن صفة الوكيل بالعمولة في التعاقد من عدمه، وسواء كان الغير المتعاقد معه يعلم حقيقة أو حكماً بصفة الوكيل بالعمولة أم لا فإن الآثار المترتبة على العلاقة التعاقدية تمر بذمة الوكيل بالعمولة، لأن هذا الأخير يعتبر وفقاً لمعطيات التعبير الصادرة منه في حكم المتعاقد لمصلحته الشخصية[٢]

=١٩٨٨□ صـ١٦٥، ١٦٦، دكتورة/ سميحة القليوبي - المرجع السابق صـ٨٧ وما بعدها، دكتور/ محمد بهجت عبد الله قايد - المرجع السابق صـ٩٦، دكتور/ مراد منير فهيم - المرجع السابق صـ٨٧، دكتور هاني محمد دويدار - المرجع السابق صـ٤٧.

Com.2,11,1954, G.P. 55, 1,5; 10,2,1970,D, 70, 392; 12,1,1988, Bciv Iv, No. 77; 18 Janv. 1994 D. 1996. P. 235.

١) راجع في ذلك: دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد - المرجع السابق صـ١٦٦.

٢) راجع في ذلك: نقض مدني ١٩٩٦/١٢/٢٩م مجموعة النقض المدني السنة ١٧ صـ٢٠١٦، ١٩٦٣/٥/٢٣م السنة ١٤ صـ٧٣٧، ١٩٦٢/١/٤م مجموعة النقض المدني السنة ١٤ صـ٤٢.

ويرى بعض الفقه[١] إن عدم تعبير الوكيل بالعمولة صراحة أو ضمناً عن حقيقة صفته في التعاقد يترتب عليه الاختلاف بين معطيات التعبير الصادرة عنه مع محتوى قصده إلا أن هذا الاختلاف ينصب على الأثر الاقتصادى فقط دون الأثر القانونى، لأن الغير المتعاقد مع الوكيل بالعمولة قد يعلم من خلال إعلان الأخير أنه يتعاقد بصفته الشخصية أي متعاقداً لحساب نفسه في حين أن قصده قد انصرف إلى التعاقد لحساب شخص محدد أي أنه يتعاقد بصفته نائباً والعكس صحيح فقد يفهم الغير المتعاقد أن التعبير الصادر من الوكيل بالعمولة يفيد بأنه يتعاقد بصفته نائباً في حين أن قصد الوكيل بالعمولة قد اتجه نحو التعاقد بصفته الشخصية، المهم أن ذلك العلم لا يكون منتجاً لأن الآثار المترتبة على العقد سوف تتصرف في النهاية في ذمة الوكيل بالعمولة وأن كان يلتزم بعد ذلك ينقلها إلى ذمة الموكل، ومن هذا المنطق يبدو وجه الاختلاف بين المركز القانوني للوكيل بالعمولة والوكيل العادي الذي لم يعلن عن صفته الحقيقية في التعاقد صراحة أو ضمناً للغير المتعاقد معه وعندئذ يتحقق في هذه الحالة الأخيرة عدم التطابق بين معطيات التعبير الصادر منه ومحتوى القصد على الأثر الاقتصادي والقانوني في ذات الوقت وبناء على ذلك لا يجوز للغير التعاقد مع الوكيل بالعمولة على أنه مجرد نائب عن الغير في إبرام العقد[٢] لأنه لو تعاقد الغير مع الوكيل بالعمولة على أنه نائباً عن شخص محدد وليس بصفته الشخصية فإنه سوف يترتب على ذلك عدم التطابق بين القصدين بالنسبة للشخص الذي سوف تتأثر ذمته المالية بالآثار المترتبة على العقد، لأن القصد هو لب وأساس العقد وأن الأخير يبرم بتطابق القصدين وليس التعبيرين، والوكيل بالعمولة يمكن أن يعلن صراحة أو ضمناً عن اسم الموكل عندما يتعاقد مع الغير وأن كان هذا الإعلان ينطوى على الإخلال بالتزامه بعدم الإعلان عن اسم الموكل، ولكن إعلان الوكيل بالعمولة الغير المتعاقد معه باسم الموكل معناه أن الوكيل بالعمولة أراد بذلك أخبار الغير المتعاقد معه بأن الآثار المترتبة على العقد سوف تتصرف في ذمة الموكل في النهاية وهذا يتفق مع النيابة في التعاقد من حيث

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد – المرجع السابق صـ١٦٧.

٢) راجع في ذلك: دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد – المرجع السابق صـ١٦٧.

الآثار المترتبة على العقد وخاصة الآثار الاقتصادية، والوكالة بالعمولة لا تخضع لأحكام النيابة في التعاقد وخاصة الحكم الخاص بإنتهاء مهمة النائب بمجرد إبرام العقد ما لم تكن نيابته شاملة لمرحلة التنفيذ وبالتالي يختفي النائب عن مسرح التعاقد، في حين أن الوكيل بالعمولة يظل موجوداً على مسرح التعاقد حتى ولو كان المتعاقد معه يعلم حقيقة أو حكماً بحقيقة صفته في التعاقد أو كان يستوى لديه أن يتعاقد مع الأصيل أو النائب لأنه كما سبق القول يكتسب صفة الطرف بمعناه المادي أو الموضوعي في العقد الذي يبرمه مع الغير وبالتالي يكون هو الدائن بالحقوق والمدين بالالتزامات في مواجهة الغير، وتخلص مما تقدم أن الوكالة بالعمولة نظام قانوني مستقل عن الوكالة العادية سواء كانت مدنية أو تجارية وسواء كانت الوكالة المدنية أو التجارية ظاهرة أو مستترة لأن المشرع التجاري قد نظم الوكالة بالعمولة بنصوص تضمنت أحكام خاصة في التقنين التجاري في المواد من ١٦٦ – ١٧٦ من القانون التجاري الجديد ١٧ لسنة ١٩٩٩ ولو أن الوكالة بالعمولة وكالة نيابية لما اختصها المشرع بتنظيم خاص في القانون التجاري بموجب نصوص خاصة وكان قد تركها تخضع للأحكام الخاصة بالنيابة في التعاقد.

ومن الجدير بالذكر أن عقد الوكالة بالعمولة الذي يبرمة الوكيل بالعمولة تنشأ عنه علاقات عديدة أول هذه العلاقات هي العلاقة بين الموكل والوكيل بالعمولة، فكما سبق أن أشرنا إلى أن الوكالة بالعمولة وكالة غير نيابية فهي وكالة لأن الوكيل بالعمولة يتلقى وكالته من الموكل قبل القيام بالمهام الموكلة إليه من موكله وهي غير نيابية لأن الوكيل بالعمولة عندما يتعاقد مع الغير فإنه يتعاقد باسمه شخصياً بحيث يبدو أمام الغير المتعاقد معه أنه المتعاقد الأصلي والطرف الحقيقي في التعاقد وأنه يتعاقد لحسابه، وإن كان ملزماً بموجب عقد الوكالة بأن يقوم بعد ذلك بنقل الآثار المترتبة على هذا التعاقد إلى الموكل حيث يلتزم بعد اتمام الصفقة المعهود إليه اتمامها بأن ينقل آثارها إلى ذمة الموكل، وعلى ذلك إذا كان الوكيل بالعمولة مكلفاً بالبيع فعليه أن يسلم الثمن إلى الموكل بعد قبضه من المشتري وإذا كان مكلفاً بالشراء فيقع على عاتقه التزام بأن يسلم المبيع أو ما كلف بشرائه إلى الموكل، وينظم العلاقة بين الموكل والوكيل بالعمولة عقد الوكالة بالعمولة ذاته لأن

هنا العقد هو الذي يحدد التزامات وحقوق كل منهما وحدود تصرفات الوكيل بالعمولة، ولا يسأل الموكل عن تصرفات الوكيل بالعمولة التي تجاوز حدود وكالته إلا إذا أجازها قاصداً إضافة أثرها إلى نفسه(١) وقد نصت على ذلك المادة ١٦٧ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م بقولها «١- إذا باع الوكيل بالعمولة بأقل من الثمن الذي حدده الموكل أو اشترى بأعلى منه وجب على الموكل إن أراد رفض الصفقة أن يخطر الوكيل بذلك في أقرب وقت من علمه بها وإلا اعتبر قابلاً للثمن. ٢-.....».

وكما سبق البيان أنه يترتب على الوكالة بالعمولة(٢) أن يكتسب الوكيل بالعمولة الحقوق التي تتولد عن التعاقد ويتحمل بالالتزامات الناشئة عنها أي أن الآثار المترتبة على التعاقد تدخل في ذمته المالية مباشرة كما لو كان مالكاً لها بحيث تكون يده عليها يد مالك وليست يد أمين طالما أنها دخلت في ذمته المالية وأصبحت جزءاً منها، وعلى ذلك فله الحق في التصرف فيها بأي وجه من أوجه التصرف دون أن تطبق عليه أحكام التصرف في ملك الغير.

وإذا ما أشهر إفلاس الوكيل بالعمولة كان للموكل الحق في مطالبة التفليسة باسترداد البضائع التي لم يتسلمها من الوكيل بالعمولة والتي لم يتم التصرف فيها بعد بوصفه مالكاً لها، أما إذا كانت حقوق الموكل طرف الوكيل بالعمولة تتمثل في مبالغ نقدية فليس له المطالبة باستردادها من التفليسة بل له الحق في الدخول مع بقية الدائنين باعتباره دائناً عادياً ويتحمل ما يتحمله كل دائن من التنازل عن دينه، وذلك ما لم تكن هذه المبالغ مفرزة ومحفوظة بمعزل عن بقية أموال الوكيل بالعمولة المفلس ومؤشر عليها بما يفيد تخصيصها(٣) وبذلك فإن العلاقة بين الوكيل بالعمولة والموكل يحكمها عقد الوكالة بالعمولة.

---

١) راجع في ذلك: نقض مدني – الطعن رقم ١٦٢ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٢/٤/٦م السنة ٢٢ صـ٦٤٨.

2) V° Mandat, Fasc. A, Par Daniéle Alexandre; V° contrats et obligations, Fasc. 138, par V.G. Wiederkehr; cass. Com. 18 Janv. 1994, Defrénois 1994, n° 67, p. 808.

٣) راجع في ذلك: دكتور/ علي حسن يونس – المرجع السابق صـ١٤٧، الطعن رقم ٤٢ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨١/١٠/٢٦م. ويجيز التشريع الفرنسي الصادر في ١٩٨٥/١/٢٥م في المادة ١٢٢ =

وإذا ما قام الوكيل بالعمولة بإجراء الصفقة المعهود بها إليه مع الغير المتعاقد معه فإنه تنشأ بينه وبين هذا الأخير علاقات قانونية مباشرة قوامها العقد المبرم بينهما، ويظهر الوكيل بالعمولة في مواجهة هذا الغير وكأنه المتعاقد الأصلي والطرف الحقيقي في التعاقد لأنه لا يلتزم بالإفصاح عن صفته الحقيقية في التعاقد بأنه يتعاقد بصفته وكيل عن آخر بل يتعاقد باسمه الشخصي ويوقع العقد كما لو كان متعاقداً لحسابه الشخصي، بل إن الوكيل بالعمولة يلتزم مباشرة تجاه الغير حتى لو علم الأخير بحقيقه صفته في التعاقد وأنه يتعاقد كوكيل بالعمولة أو علم الغير اسم الموكل وشخصيته، ونتيجة لذلك يعتبر الوكيل بالعمولة مسئولاً في مواجهة الغير عن تنفيذ التعاقد والآثار المترتبة عليه سواء كانت حقوقاً أو التزامات فإذا كان الوكيل مكلفاً بالشراء كان مديناً بالثمن في مواجهة الغير ودائناً باستلام محل البيع وإذا كان الوكيل مكلفاً بالبيع كان دائناً بالثمن ومديناً بتسليم محل البيع في مواجهة الغير وقد نصت على ذلك المادة ١٧٤ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بقولها «١- يلتزم الوكيل بالعمولة مباشرة قبل الغير الذي تعاقد معه كما يلتزم هذا الغير مباشرة قبل الوكيل بالعمولة. ٢-....»[1] ولكل من الوكيل بالعمولة والغير المتعاقد معه أن يرفع الدعاوى التى تخوله أياها حقوقه الناشئة عن العقد مباشرة.

ويختلف مركز الوكيل بالعمولة عن الوكيل العادي في هذا الشأن فالوكيل بالعمولة وكالته غير نيابية على خلاف الوكيل العادي الذي تعتبر وكالته نيابية، فالوكيل بالعمولة وإن كان يتعاقد لحساب موكله طبقاً للعلاقة التعاقدية القائمة بينهما إلا أنه يتعاقد باسمه الشخصي ويظهر أمام الغير وكأنه الأصيل في التعاقد والطرف الحقيقي فيه كما سبق البيان، أما الوكيل العادي فيتصرف باسم ولحساب موكله من البداية بحيث تنصرف آثار الرابطة العقدية مباشرة في ذمة الموكل سواء كانت

=منه للموكل المطالبة ليس فقط بالبضاعة بل ثمن البضاعة أيضاً ويتفادى بذلك الموكل الدخول في قسمة الغرماء مع دائني الوكيل تحت التسوية القضائية.

Robert: Traité de droit comm.. 11éd. T.2 1988 No. 2657-2658-3144.

١) راجع في ذلك: دكتور/ علي حسن يونس - المرجع السابق صـ١٤٨، ١٤٩ وما بعدها.

حقوقاً أو التزامات وينتهي دور الوكيل في هذه الحالة ويصبح أجنبياً عن التعاقد ما لم تكن نيابته شاملة لمرحلة تنفيذ العقد ففي هذه الحالة يظل متواجداً علــى مــسرح التعاقد حتى ينقل الحقوق المترتبة على العقد إلى ذمة الموكل ويفى بالالتزامات إلى الغير وأما عن العلاقة بين الموكل والغير فإنه لا تنشأ كقاعدة عامة علاقات قانونية مباشرة بينهما، فالعقد الذي يبرمه الوكيل بالعمولة مع الغير تنفيذاً لعقــد الوكالــة لا يكون الموكل طرفاً فيه ذلك أن الوكيل بالعمولة كما سبق القول يتعاقد باســمه فــي مواجهة الغير ويعتبر وكأنه أصيل في هذا التعاقد أي يتعاقد لحسابه الشخصي حتى ولو علم الغير اسم الموكل[1]، ولكن من ناحية أخرى فإن هناك علاقات قانونية غير مباشرة بين كل من الموكل والغير فإذا كان العقد المبرم بين كل من الوكيل بالعمولة والغير لا يرتب علاقات مباشرة بين هذا الأخير والموكل إلا أنه يرتب علاقات غير مباشرة، وتستند هذه العلاقات على الأساس القانوني العام الذي تنص عليه المــادة ٢٣٥ من القانون المدني التي تمكن كل دائن ولو لم يكن حقــه مــستحق الآداء أن يستعمل باسم مدينة جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز، وبناء على ذلك يجوز للموكل أن يطالب الغير بحقوق وكيلــه الذي يعتبر مديناً له فمثلاً لو أن الموكل كلف وكيله ببيع بضائع معينة وقــام هــذا الأخير ببيعها ولم يتلق الثمن بعد من الغير المشترى ففي هذه الحالة يكون من حق

---

١) وهناك جانب من الفقه يرى أن بالإمكان قيام علاقات مباشرة بين الموكل والغير على أساس فكــرة النيابة الناقصة التي مؤداها أنه إذا تعذر اعتبار الوكيل بالعمولة نائباً عن الموكل لأنه يتعامل باسمه الشخصي فذلك لا يعنى أنه لا ينوب عنه كلية، بل هناك شيء من النيابة هي النيابة الناقصة التــي توضح أن الوكيل بالعمولة إنما يتعاقد لحساب موكله وفي أن الغير يعلم أن الوكيل بالعمولة يخفــى وراءه شخصاً آخر فتعاقد الوكيل مع الغير ينشئ روابط متعددة بين طرفي الوكالة والغيــر ولكنهــا ذات محل واحد، ونظراً لوجود عدد من الروابط ومحل واحد يوجب التضامن بين الموكل والوكيــل بالعمولة في مواجهة الغير ومقتضى ذلك التزام الموكل في الوقت الذي يلتزم فيه الوكيل مما يبــرر العلاقة بين كل من الموكل والغير. انظر بالنسبة لمؤيدى نظرية النيابة الناقصة دكتور/ عبد الحــي حجازى – المرجع السابق صـــ١٠٨ وما بعدها – وفي نقد هذه النظرية: دكتور/ أكــثم الخــولي- المرجع السابق صـــ٢١٧، دكتور/ على البــارودى – دروس فــي العقــود التجاريــة ١٩٥٨م□ صـــ٧١-٨٣ ومؤلفه العقود* □ صـــ٨٠، ٨١، دكتور/ علي جمال الــدين عــوض – المرجــع السابق صـــ١٣٦، دكتور/ علي حسن يونس – المرجع السابق صـــ١٥٩، دكتور/ مصطفى كمــال طه – المرجع السابق صـــ٣٢٧.

الموكل مطالبة الغير بحقوق مدنية الوكيل بالعمولة، ويرجع الموكل على الغير في هذه الحالة بالدعوى غير المباشرة لأنه يطالب باسم مدنية ما هو مستحق لهذا الأخير قبل الغير أي أن الموكل يطالب بحقوق مدينة، ومن جانب آخر يكون للغير الحق في الرجوع على الموكل بطريق الدعوى غير المباشرة للمطالبة بحقوقه قبل الوكيل الذي يعتبر دائناً للموكل، فإذا فرض وكلف الوكيل بالشراء فإنه يصبح مديناً في مواجهة الغير بالثمن ودائناً في نفس الوقت للموكل بهذا الثمن لذلك يستطيع الغير مطالبة الموكل باسم مدينة (الوكيل بالعمولة) بالثمن أي ما لهذا الأخير قبله ولكن لا تصلح الدعوى غير المباشرة، إذا كان الموكل سلم البضائع للوكيل بالعمولة حيث لا يكون مديناً لهذا الغير، ويترتب على رجوع كل من الموكل على الغير أو العكس بالدعوى غير المباشرة أن الغير يستطيع أن يتمسك في مواجهة الموكل بكافة الدفوع التي يملكها قبل الوكيل، ذلك لأن الموكل يستعمل حقوق مدينة ويطالب باسمه بما له قبل الغير كما أن الموكل عند رجوعه على الغير بمقتضى المادة ٢٣٥ مدني يلتزم بإثبات توافر شروط هذه المادة أي إثبات أن المدين لم يستعمل حقوقه وإن عدم استعماله من شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد في هذا الإعسار كذلك يجب إدخال المدين خصماً في الدعوى.

وإذا كانت القاعدة العامة في العلاقات بين الموكل والغير أنه ليس لإحدهما طلب على الآخر وفقاً لنص المادة ١٧٤ من قانون التجارة الجديد[١] إلا أن المشرع خرج على هذه القاعدة في حالة إفلاس الوكيل بالعمولة وقرر للموكل الحق في الرجوع المباشر على الغير للمطالبة بحقوقه وذلك إعمالاً لأحكام المادة ١٧٥ من قانون التجارة الجديد[٢]، وقصد المشرع من ذلك منع حقوق الموكل من دخول تفليسة الوكيل وإمكانه المطالبة بها قبل أن يتعلق بها حقوق دائني الوكيل بالعمولة المفلس، وبناء على ذلك لا يجوز للموكل (مالك البضاعة) أن يسترد ثمنها إذا كان

---

١) تقابلها المادة ٨٣ تجاري ملغى.

٢) تقابلها المادة ٣٨١ تجاري ملغى والتي تنص على أنه «إذا باع المفلس البضائع المسلمة إليه من المالك ولم يستوف من المشترى ثمنها كله أو بعضه بنقود أو بورقة تجارية محررة باسمه أو تحت أذنه بمقاصة في الحساب الجاري بينه وبين المشترى يجوز استرداد كل الثمن أو بعضه على حسب ما ذكر».

لوكيل بالعمولة قد قام ببيعها وإدخل الثمن في الحساب الجاري بينه وبين المشترى أو انقضى بوقوع المقاصة بينه وبين أي حق آخر داخل الحساب، كما يجوز للغير الرجوع على الموكل بالدعوى المباشرة في حالة إفلاس هذا الأخير وقبل أن يتسلم البضائع حيث نصت المادة ٦٢٧ من قانون التجارة الجديد[1] على أنه يجوز استرداد البضائع المرسلة إلى المفلس المباعة إليه مادامت لم تسلم إلى مخازنه ولا مخازن الوكيل بالعمولة المأمور ببيعها على نمته إذا كان المفلس المذكور لم يدفع ثمنها كله ولو تحررت به منه ورقة تجارية أو دخل في الحساب الجاري بينه وبين البائع له ويترتب على حق الموكل المباشر قبل الغير في حالة إفلاس الوكيل بالعمولة أنه إذا كان الأخير مكلفاً بشراء بضاعة ما وقام بإتمام الصفقة ثم أفلس قبل أن يتسلم البضاعة من الغير، فإنه يحق للموكل أن يطالب الغير بدعوى مباشرة بتسليمه محل المبيع خشية وقوعه في تفليسة الوكيل بالعمولة وليس للغير البائع أن يمتنع عن ذلك بحجة عدم كونه طرفاً في العلاقة التعاقدية، وإذا كان الوكيل بالعمولة مكلفاً بالبيع وقام به ثم أفلس قبل أن يتسلم الثمن من المشترى، كان للموكل أن يطالب الغير المشترى مباشرة بدفع الثمن وبذلك يتفادى دخولة في تفليسه الوكيل بالعمولة.

---

١) تقابلها المادة ٢٨٣ تجاري ملغى.

الفرع الثانى
أوجه التشابه والتباين بين
الوكالة بالتسخير والوكالة بالعمولة

عرض وتقسيم:

كثيراً ما تضطر الظروف العملية بعض الأشخاص إلى إخفاء أسمائهم عند التعاقد ويوسطون فى ذلك غيرهم فى إبرام التصرفات القانونية، وفى هذه الحالة يعمل الوسيط باسمه الشخصى لا باسم من وسطه وذلك تحقيقاً لإرادة الأخير وتنفيذاً للالتزام الذى قطعه الوسيط على نفسه تجاه من وسطه وهو احترام سرية الاتفاق وذلك بألا يبوح باسم من وسطه.

ومن يرغب فى التعاقد فى مثل هذه الظروف يلجأ إلى تسخير غيره فى إبرام التصرف القانونى المطلوب، أى يستعير شخصية أو اسم غيره فى التعاقد بدلاً منه، ولذلك يسمى هذا الوسيط «الاسم المسخر» أو «الاسم المستعار» أو «الشخصية المستعارة» وتسمى العلاقة القائمة بين الذى يرغب فى التعاقد على هذا النحو، ومن يسخره أو يستعير اسمه فى التعاقد «عقد التسخير» أو «عقد الشخصية المستعارة» أو «عقد الاسم المستعار»[1].

وفى التعاقد بطريق التسخير يتعاقد الوكيل المسخر مع شخص يغلب ألا يكون عالماً بالتسخير، والوكيل المسخر هنا يبرم تصرفات ثلاثة كل منها تصرف جدى، الأول: عقد وكالة يكون الوكيل المسخر فيه وكيلاً عن آخر فى تصرف قانونى يعينانه فى عقد الوكالة، الثانى: يعقده الوكيل المسخر مع الغير يبرم فيه هذا التصرف المعين لحساب الموكل ولكن باسمه هو فينصرف إليه أثر التصرف، الثالث: عقد يبرمه الوكيل المسخر مع الموكل مرة أخرى ينقل به إليه أثر هذا التصرف الذى سبق أن عقده مع الغير لحسابه[2]. ولكنى أرى أن عقد الوكالة يكفى

١) راجع فى ذلك: دكتور/ محمد ذكى عبد المتعال- البحث السابق- صـ٣.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل- المرجع السابق صـ١٤٥، دكتور/ أحمد مرزوق – الرسالة السابقة فقرة ٦٩، دكتور/ جمال مرسى بدر- الرسالة السابقة=

لنقل الحقوق والالتزامات إلى الأصيل، لأن آثار العقد لا تدخل فى ذمة الوكيل المسخر المالية ولكنها تمر بها حتى تستقر فى ذمة الأصيل وسيأتى شرح ذلك تفصيلاً[1].

وإذا تعاقد النائب باسمه، دون أن يُظهر صفته الحقيقية كنائب فإن النيابة لا تقوم ويرتب العقد آثاره فى ذمة النائب لا فى ذمة الأصيل وفى هذه الحالة يسمى الوكيل أيضاً بالاسم المسخر، ولا تتعدى النيابة العلاقة بينه وبين الأصيل وفى هذا المعنى تنص المادة ١٠٦ مدنى على أنه «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب».

فقد يوكل شخص شخصاً آخر فى شراء شئ لحسابه ولكن دون أن يذكر للبائع اسم الموكل وإنما يشترى الوكيل باسمه هو شخصياً وهذا ما يعرف بالاسم المسخر، وفى هذه الحالة توجد وكالة ولكن العقد الذى يشترى به الوكيل لا ينعقد بالنيابة وحينئذ تكون الوكالة قاصرة على العلاقة بين الموكل والوكيل فلا يستطيع الموكل سوى الرجوع على الوكيل بمقتضى عقد الوكالة ولا يستطيع المتعاقد الآخر سوى الرجوع على الوكيل الذى تعاقد معه، ولكن يجب على الوكيل فى المثال السابق بعد أن يكتسب ملكية الشئ الذى اشتراه أن يقوم بنقل هذه الملكية إلى الموكل[2].

وقد أورد المشرع استثناءين على هذه القاعدة، فبعد أن قررت المادة ١٠٦ مدنى على أنه «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً» أضافت بقولها «إلا إذا كان من

=صـ٢٢٨، ٢٢٩، دكتور/ عبد الرزاق السنهورى -الوسيط فى شرح القانون المدنى جـ٧ المجلد الأول - صـ٣٨٣، دكتور/ عبدالمنعم فرج الصده - محاضرات فى القانون المدنى- نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية- محاضرات ألقاها بمعهد الدراسات العربية العالمية ١٩٥٨ □ صـ١٤٤.

١) راجع فى ذلك: صـ٥٥٥ وما بعدها من الرسالة.

٢) راجع فى ذلك: نقض مدنى جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤ لسنة٣٣ق ٢٣١ صـ١٢٠١.

المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب».

ويستفاد من هذا النص أن آثار العقد تنصرف إلى الأصيل رغم كون النائب لم يعلن وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً، وذلك فى حالتين على سبيل الاستثناء:

·الأول: إذا كان من المفروض حتماً أن يعلم المتعاقد الآخر بوجود النيابة، فمن يدخل محلاً تجارياً ويشترى شيئاً من أحد العمال من المحل يفترض أنه يعلم أن العامل يبيع نيابة عن صاحب المحل والشخص الذى يتعامل مع الوصى على طفل فى شأن مال مملوك للصغير وهو يعلم بذلك يفترض فيه أنه يعلم أن الوصى قد تعامل نيابة عن الصغير.

والحقيقة أن هذا استثناء فقط من حيث الظاهر وليس كذلك فى الواقع لأن المقصود به أن يستفاد علم من تعاقد معه النائب بوجود النيابة من الظروف بصورة واضحة، والدليل على ذلك أن عبارة «إذا كان من المفروض حتماً» الواردة فى النص كان أصلها فى نص المشروع التمهيدى للقانون المدنى «إلا إذا كان يستفاد من الظروف»[1] فالمسألة إذاً تتعلق بحالة يستفاد منها نية النيابة لدى النائب بطريقة ضمنية.

الثانى: إذا كان يستوى عند العاقد الآخر أن يتعاقد مع الأصيل أو النائب، كما لو دخل شخص واشترى سلعة ودفع ثمنها فيستوى بالنسبة للبائع أن يكون هذا المشترى قد اشترى هذه السلعة لنفسه أو قد اشتراها بالنيابة عن غيره، وكما فى بيع آلة يضمنها البائع مدة معينة إذ فى هذه الحالة يستفيد الأصيل من الضمان رغم أن النائب لم يخبر البائع بصفته عند الشراء وبناء على ذلك إذا ثار نزاع بشأن هذا العقد وقرر من باشر الشراء أنه اشترى بالنيابة عن شخص معين هو الأصيل الذى تنصرف إليه آثار العقد فلا يجوز للبائع أن يتمسك بأن نيته لم تتجه إلى ذلك، لأن الفرض أن يستوى عنده أن يكون التعاقد مع النائب أو مع الأصيل، ولذلك يمكن جبر هذا التعاقد على اعتبار العقد قائماً بينه وبين الأصيل.

---

١) راجع فى ذلك: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى- جـ٢ صـ٩٨، ١٠١.

وقد أكدت محكمة النقض هذا المعنى بقولها «إن النص في المادة ١٠٦ من القانون المدنى على أنه ...» ينصرف إلى حالة الوكيل المسخر وهو من يتعاقد لحساب الموكل ولكنه لا يعلن – وقت إبرام العقد – أنه يتعاقد بصفته نائباً ولذلك فإن أثر العقد لا يضاف إلى الموكل دائناً أو مديناً ويستثنى من ذلك حالتان وهى إذا كان الغير يعلم أو من المفروض حتماً أن يعلم بأن الوكيل إنما يتعاقد لحساب الموكل وحالة ما إذا كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الوكيل او مع الموكل وفى هاتين الحالتين إذا كشف الموكل عن صفته كان له الرجوع مباشرة على الغير كما يكون للغير أن يرجع عليه»[1].

وليس هناك ما يحول أن يكون عقد التسخير غير قاصر على عملية واحدة، بل من الممكن أن يشمل عدة عمليات مستمرة، ويصبح الاسم المسخر مستمراً وصاحبه ذا وظيفة دائمة فى هذا الأمر يختفى وراءه المتعاقد الحقيقى المستفيد من التعاقد، وقد يعهد الشخص إلى الوكيل المسخر بوظيفة دائمة لديه، فمثلاً قد يرغب شخص فى أن لا يعلم أحد شيئاً عن أمواله التى يملكها، سواء أراد تهريبها من ملاحقة الدائنين أو لأى غرض آخر، فيتصرف فى الظاهر فى هذه الأموال بأحد عقود التصرفات لصالح آخر يستخدمه هو وكيلاً مسخراً له بحيث يظهر الوكيل المسخر مالكاً حقيقياً وحينئذ يكون هناك تصرف صورى مصحوب بورقة ضد.

والأصل فى عقد التسخير أن يكون عقداً مستتراً – فالوكيل المسخر يتصرف فى علاقته مع الغير دون أن يكشف الشخص المختفى وراءه، ومع ذلك فقد تكون هذه العلاقة ظاهرة فى بعض الأحوال ويعلم بها المتعامل معه، دون أن يتغير دور الشخصية المستعارة ولا تتغير نتائج تصرفاتها[2] وبناء عليه فالأصل فى عقد التسخير أنه عقد مشروع سليم طالما أنه مستخدم فى عمل مشروع، إن استخدام الوكيل المسخر فى عمل مشروع لا يخفى غشاً فى القانون ولا غشاً فيما يتعلق بحقوق الغير.

---

١) راجع فى ذلك: نقض مدنى ١٩٨٠/٣/٥ مجموعة النقض صـ٣٣، ق١٤٥ صـ٧٣٧ الطعن رقم ١٢٧٠ لسنة ٤٨ق، الطعن رقم ٥٥٧٦ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٧/١١/١، الطعن رقم ٨٢٩٧ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٢/٦/١٠ (لم ينشر بعد).

2) Planiol [illegible] Cass. [illegible]

إن التسخير لغرض مشروع صحيح وقد اعترف المشرع المصرى بشرعية الوكالة بالتسخير، فى المادة ٤٤٤ من قانون المرافعات الجديد حيث أباح بموجب هذه المادة أن يستعير الأشخاص، أسماء غيرهم فى الدخول مزايدات البيوع القضائية على أن يعلن الاسم المستعار عن ذلك خلال ثلاثة أيام من تاريخ المزايدة، وفى رسم الأيلولة – على التركات – افترض المشرع فى الفقرة الرابعة من المادة الرابعة من القانون ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ الخاص بفرض رسم أيلولة على التركات، إن المورث يستعير فى التصرفات أسماء فروعه وزوجه وأزواج فروعه، واعتبر هؤلاء أسماء مستعارة.

وفى مجال حماية حق التأليف، أباح المشرع فى المادة ٢٨ من القانون ٣٥٤ لسنة ١٩٧٤ الخاص بحماية حق المؤلف أن يستعين المؤلف باسم مستعار يضعه على مؤلفه بحيث يظهر باعتباره المالك الظاهر للمصنف.

والتعاقد على التسخير فى عمل شيء باسم المُسخر ولحساب المسخَّر ومن غير أن يظهر اسم هذا الأخير فى هذا العمل مع الغير هو تعاقد صحيح قانوناً لعدم مخالفته للقانون ولا للنظام العام[١].

ومن المستقر عليه فقهاً وقضاء[٢] أن عقد التسخير هو عقد وكالة ولكنه وكالة مستترة، لأن الوسيط يستعمل كاسم مسخر لموكله، والوكالة مستترة تماماً طالما ظلت فى طى الكتمان، إذ لا يوجد ما يشعر الغير أن الاسم المسخر يعمل لحساب آخر.

ومتى أصبح الشخص اسماً مستعاراً لآخر، فإنه يكون فى علاقاته بهذا الأخير وكيلاً عنه وهو فى الحقيقة ليس إلا كذلك، وحينئذ تنطبق قواعد الوكالة،

---

١) راجع فى ذلك: حكم محكمة استئناف مصر بتاريخ ١٣ ديسمبر ١٩٢٧.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ أحمد مرزوق- الرسالة السابقة فقرة ١٨٠، دكتور/ جمال مرسى بدر- الرسالة السابقة صـ٢٢٨، ٢٢٩، دكتور/ عبد الرزاق السنهورى- الوسيط جـ٧ المجلد الأول- العقود الواردة على العمل ١٩٦٤ صـ٣٨٥، دكتور/ عبد المنعم فرج الصدة- المحاضرات السابقة صـ١٤٦، نقض مدنى جلسة ١٩٧٩/٦/١٦ الطعن رقم ١٢٨٣ لسنة٤٨ق ونفس المعنى فى ١٩٤٣/٤/١٥- مجموعة النقض المدنى- ٩-١٢٣٥.

وأهمها أن الوكيل لا يجوز له الاحتفاظ بالأموال التى حصل عليها ولا بالمبالغ التى حصلها فهو محاسب كما أنه وكيل(١).

وإذا كان الوكيل المسخر يتعاقد مع الغير باسمه الشخصى لا باسم الموكل ولكن لحساب هذا الأخير، بمعنى أنه يبدو فى الظاهر أمام الغير وكأنه المتعاقد الأصلى والمستفيد الحقيقى من التعاقد وأن ذمته المالية هى التى سوف تتأثر بآثار العقد، فى حين أن المستفيد الحقيقى من هذا التعاقد هو الموكل، وهذا الحكم قد يختلط - أو على الأقل يقرب - بين التعاقد بطريق التسخير وبعض الأفكار القانونية الأخرى مثل الوكالة بالعمولة والتقرير بالشراء عن الغير والصورة النسبية بطريق التسخير.

ونظراً لأن الأمر يتعلق بالعلاقة بين الوكالة بالتسخير والوكالة بالعمولة، فسوف نقتصر على الحديث عن الوكالة بالعمولة.

تنص المادة ١٦٦ تجارى على أن «الوكالة بالعمولة عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بأن يجرى باسمه تصرفاً قانونياً لحساب الموكل».

ويمكن تعريف الوكالة بالعمولة بناء على هذا النص، بأنها عقد يلتزم بموجبه الوكيل بالعمولة أن يقوم باسمه بتصرف قانونى لحساب الموكل فى مقابل أجر، فالوكيل بالعمولة شخص يباشر التصرفات القانونية، باسمه الشخصى لحساب شخص آخر يسمى الموكل بمقتضى عقد الوكالة بالعمولة، ونصت المادة ١/١٥٠ تجارى على الأجر الذى يتقاضاه الوكيل بالعمولة حيث نصت على أن «١- تكون الوكالة التجارية بأجر» والوكيل بالعمولة يتخصص عادة فى الوساطة فى نوع أو أكثر من الأعمال كالتخصص فى الشراء أو البيع لسلع معينة أو للنقل بوسيلة معينة وكلمة عمولة تعنى المقابل الذى يتقاضاه الوكيل بالعمولة نظير أدائه مهمته ومنها استمد هذا العقد اسمه(٢).

---

١) راجع فى ذلك: نقض مدنى- الطعن رقم ٦٤٨ لسنة٤٩ق جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤، نقض مدنى جلسة ١٩٧٩/٦/١٦ الطعن رقم ١٢٨٣ لسنة٤٨ق ونفس المعنى جلسة ١٩٤٣/٤/١٥- مجموعة النقض المدنى-٩-١٢٣٥.

٢) راجع فى ذلك: دكتورة/ سميحة القليوبى - عقود الوكالات التجارية ١٩٨٠ صــ٣٦٥، دكتور/ مراد فهيم -القانون التجارى- العقود التجارية وعمليات البنوك ١٩٨٢ صــ٨٨.

ويتضح من التعريف الوارد بالنص السالف ذكره أن عقد الوكالة بالعمولة يتميز بأن الوكيل بالعمولة فيه شخص يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي دون اسم موكله بمعنى أنه يبدو أمام الغير وكأنه المتعاقد الأصلي فيلتزم في مواجهته بكافة الالتزامات التي تنشأ عن العقد المبرم بينهما، ويتلقى كافة الحقوق التي تترتب على هذا التعاقد.

ولما كان الوكيل بالعمولة يتعاقد في حقيقة الأمر لحساب موكله، كما هو واضح من نص المادة ١٦٦ تجاري فإنه في العلاقة بينه وبين موكله وهو من أصدر له الأمر بمباشرة هذه التصرفات مع الغير لا يبدو أصيلاً بل وكيلاً عنه في مباشرة هذا التصرف فالوكيل بالعمولة يعمل في الحقيقة لحساب الموكل ويسأل في مواجهته عن تنفيذ أوامر الوكالة واحترام شروطها ونقل آثار التعاقد إليه وتقديم حساب للموكل عن نتيجة العمليات التي قام بإجرائها بمقتضى عقد الوكالة.

وفي ذلك قضت محكمة النقض في أحد الطعون الذي طرح أمامها[1] بأن «... الوكيل بالعمولة – فرداً كان أو شركة – يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي أصيلاً لحساب موكله – النص في المادة ٨١ من قانون التجارة على أن «الوكيل بالعمولة هو الذي يعمل عملاً باسم نفسه أو باسم شركة بأمر الموكل على ذمته في مقابل أجرة أو عمولة» يدل على أن الوكيل بالعمولة فرداً كان أو شركة يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي أصيلاً لحساب موكله فيكتسب الحقوق ويتعهد بالالتزامات إزاء الغير الذي يتعاقد معه ولكنه في حقيقة الأمر ليس بالأصيل وإنما هو يعمل لحساب الموكل الذي كلفه بالتعاقد.»

وفي حكم لها أكثر حداثة[2] قضت محكمة النقض في أحد الطعون الذي طرح أمامها بأن «... أن مفاد نص المادتين ٨١، ٨٢ من قانون التجارة الملغي – المنطبق على واقعة النزاع – أن الوكيل بالعمولة فرداً كان أو شركة هو الذي يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي أصيلاً لحساب موكله فيكتسب الحقوق ويتعهد بالالتزامات

---

١) راجع في ذلك: نقض مدني- الطعن رقم ٦٩٢ لسنة٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٨م م.ن.م السنة٣٤ صـ٨٢٥، الطعن رقم ٩٦٠ لسنة٤٦ق جلسة ١٩٨٣/٤/١٨ م.ن.م السنة٣٤ صـ٩٩١.

٢) راجع في ذلك: نقض مدني- الطعن رقم ٣٢٠ لسنة٧١ق جلسة ٢٠٠٢/٤/١١ (حكم غير منشور).

إزاء الغير الذى يتعاقد معه ولكنه فى حقيقة الأمر ليس بالأصيل، وإنما هو يعمل لحساب الموكل الذى كلفه بالتعاقد ويستوى أن يباشر التصرف بنفسه أو بواسطة غيره طالما أن التصرف يكون باسمه هو ومن ثم فهو الملزم دون غيره لموكله ولمن يتعامل معه وله الرجوع على كل منهما بما يخصه من غير أن يكون لمن تعامل معه أو لموكله أن يرجع كل منهما على الآخر بشيء ...».

ويعتبر عقد الوكالة بالعمولة من العقود الرضائية التى لا تستلزم لانعقادها شكلاً معيناً ويجوز إثباته إما بعقد الوكالة أو أية قرينة أخرى تدل على وجوده بمعنى أنه يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات، فمجرد توافر رضاء كل من الموكل والوكيل رضاء خالياً من أى عيب يتم عقد الوكالة بالعمولة.

ويعتبر عقد الوكالة بالعمولة من العقود الملزمة للجانبين حيث يرتب التزامات متبادلة على عاتق كل من الموكل والوكيل.

ويتم عقد الوكالة بالعمولة غالباً بين غائبين ذلك أن من فوائده الرئيسية محاولة حصول التاجر على عملاء دون الانتقال من مكان إلى آخر.

كما أن عقد الوكالة بالعمولة بوصفها أحد أنواع الوكالات التجارية من عقود المعاوضة حيث يتقاضى الوكيل بالعمولة أجراً نظير قيامه بالتصرفات القانونية لحساب الموكل وقد أشارت إلى ذلك صراحة المادة ١٥٠ تجارى بأنه «تكون الوكالة التجارية بأجر» بل إن الوكيل بالعمولة يستحق أجره أو عمولته ولو لم يتفق على ذلك صراحة فى عقد الوكالة طالما لم يتضح من ظروف التعاقد أن الوكيل قصد التبرع بخدماته إلى الموكل وتختلف الوكالة بالعمولة فى هذا الخصوص عن الوكالة العادية التى تعتبر بحسب الأصل من عقود التبرع[1] ولا تكون من عقود المعاوضة إلا إذا اشترط الأجر صراحة أو ضمناً.

وإذا ما رجعنا إلى نصوص التقنين التجارى لوجدناه يعرف الوكالة بالعمولة بانها «١- الوكالة بالعمولة عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بأن يجرى باسمه تصرفاً قانونياً لحساب الموكل» (مادة ١/١٦٦ تجارى).

---

١) تنص المادة ٦٩٩ مدنى على أن «الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل».

ولقد كان المشرع موفقاً فى وضع هذا النص، فهذا النص صريح فى أن الوكيل بالعمولة إنما يتعاقد باسمه الشخصى لا باسم الموكل، ولذلك استقر الفقه القديم[١] على أن هذا العنصر هو المميز القانونى للوكالة بالعمولة ولا سيما أن هذا الخلط كان سائداً بين النيابة والوكالة وهكذا تميزت الوكالة بالعمولة بانعدام النيابة التى تنطوى عليها الوكالة التى نظمها المشرع فى التقنين المدنى، ولكن الفقه ما لبث أن ثار على هذا المعيار بعد أن استقر ألا تلازم بين الوكالة والنيابة فقيل بأن التعاقد بالاسم الشخصى ليس هو ما يميز الوكيل بالعمولة وذلك استناداً إلى السوابق التاريخية والأعمال التحضيرية للتقنين الفرنسى[٢].

فضلاً عن أن المادة ٩٤ فرنسى (مادة ٨٣ تجارى ملغى مصرى) تنص على أنه «إذا عقد الوكيل بالعمولة عقداً باسم موكله بناء على إذن منه بذلك فلكل من الموكل والمعقود معه إقامة الطلب على الآخر وتراعى فيما للوكيل المذكور من الحقوق وما عليه من الواجبات القواعد المقررة للتوكيل فقط» فهذا النص يحيل ولاشك إلى أحكام الوكالة فى التقنين المدنى متى تعاقد الوكيل بالعمولة باسم الموكل ولكنه يعترف لهذا الوكيل بصفة الوكيل بالعمولة صراحة فهو يظل وكيلاً بالعمولة وإن تعاقد باسم الموكل.

أما الفقه الحديث[٣] فقد عاد من جديد إلى الأخذ بأن التعاقد بالاسم الشخصى عنصر أساسى للوكالة بالعمولة لا لأن ذلك يتفق مع النصوص فحسب بل لأن هذا المعيار يتفق مع حكمة التشريع فى تقرير امتياز للوكيل بالعمولة نظراً لما يتحمل به من التزامات ومخاطر نتيجة لتعاقده مع الغير باسمه الشخصى أما الاحتجاج بألفاظ المواد ٩٤ تجارى فرنسى و٨٣ تجارى ملغى مصرى فلا جدوى منه لا لأن معناه اتهام المشرع بالتناقض[٤] ولكن لأن معنى هذه النصوص هو أن الوكيل بالعمولة المحترف يخضع لأحكام التقنين المدنى فى الوكالة إذا خرج على مقتضيات أعمال

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ أكثم الخولى - الوسيط فى القانون التجارى جـ٤ العقود التجارية - الطبعة الأولى ١٩٥٨ - مطبعة نهضة مصر صـ١٨٦.

2) Lyon Kan, Reno, Al, 414 .

3) Askara et rohymar, Al, 680 et Robeer Al, 2350.

4) Lacour et Botron Al, 938 .

حرفته فلم يتعاقد باسمه الشخصى بل باسم الموكل فلا تناقض بين ثبوت صفة الوكيل بالعمولة له وبين خضوعه لأحكام القانون المدنى إذا لم يتعاقد كما يتعاقد الوكيل بالعمولة فى ممارسة حرفته باسمه الشخصى[1].

ولكن إذا ما تعاقد الوكيل بالعمولة باسم موكله لا باسمه الشخصى، دون أن يأذن له الموكل بإظهار اسمه فهل يعتبر فضولياً فى هذه الحالة، وهو ما يستفاد من نص المادة ٨٤ تجارى ملغى.

إذا ما استعرضنا نص المادة ١٨٨ مدنى والتى عرفت الفضالة على أنها «هى أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك» وبذلك فإن الوكيل بالعمولة الذى يتعاقد باسم موكله وليس باسمه الشخصى دون أن يأذن له الموكل بأن يظهر اسمه فى تعامله مع الغير فى شأن عاجل من شئون الموكل كما لو قام بالتعاقد معه لإصلاح وترميم عقار مملوك للموكل يوشك على الانهيار، أو تقديم طعن فى حكم صدر ضد الموكل قبل انقضاء المدة المقررة للطعن دون أن يكون ملزماً بالقيام بذلك، من قبل الموكل ودون أن تدخل هذه التصرفات المادية أو القانونية، فى نطاق وكالته فإن الوكيل بالعمولة يعد فى هذه الحالة فضولياً، وذلك لانطباق الأحكام المقررة فى المادة ١٨٨ مدنى وبالتالى يقع على عاتق الوكيل بالعمولة أن يتم الأعمال التى بدأها لحين استلام الموكل لها، وأن يخطر الموكل بهذه الأعمال وأن يبذل فى أدائها عناية الشخص العادى وأن يقدم حساباً إلى الموكل وأن يرد ما استولى عليه نتيجة قيامه بهذه الأعمال.

ولابد وأن يكون الوكيل بالعمولة تاجراً محترفاً لأن المادة ٢ تجارى ملغى لا تسبغ الطابع التجارى إلا على مقاولة الوكالة بالعمولة، ولذلك فإن القانون كان منطقياً مع نفسه، عندما تكلم فى باب العقود التجارية عن الوكلاء بالعمولة لا عن الوكالة بالعمولة، لأنه لا ينظر إلى الوكالة بالعمولة إلا من خلال حرفة الوكيل بالعمولة فالوكيل بالعمولة طبقاً لنصوص التقنين التجارى مادة ١٤٨، ١٦٦ منه هو

---

١) كما يستفاد من نص المادة ٨٤ تجارى مصرى أن الوكيل بالعمولة الذى يتعاقد باسم الموكل دون أن يأذن له الموكل بإظهار اسمه يعتبر فضولياً.

من يحترف التعاقد باسمه الشخصى لحساب الغير نظير عمولة، أما الوكالة بالعمولة فهى كل عقد يبرمه الوكيل بالعمولة مع موكل ممارساً بذلك حرفته أى هـى العقـد الذى يبرمه مع موكل من يحترف التعاقد نظير عمولة باسمه الشخـصى لحـساب الغير فى ممارسته لحرفته(1).

ولقد كان القانون موفقاً فى هذا المسلك لأن ركن احتراف الوكيل هو وحـده الذى يسمح، بتمييز الوكالة بالعمولة عن غيرها من صور الوكالة فالوكالة عمومـاً هى «عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل» (مادة ٦٩٩ مدنى) وهذا التعريف يتسع للوكالة بنوعيها النيابية وغير النيابية، أما الـذى يميـز الوكالة بالعمولة عن غيرها من صور الوكالة فهو احتراف الوكيل للتعاقـد باسـمه الشخصى لحساب الغير نظير عمولة.

وهكذا يتضح لنا إلى أى حد كان المشرع موفقاً فى نظرتـه إلـى الوكالـة بالعمولة من خلال حرفه الوكيل بالعمولة.

ثم إن شرط الاحتراف هو وحده الذى يبرر انفراد الوكيل بالعمولـة بحـق امتياز دون سائر الوكلاء، فالوكيل المحترف هو وحده الذى يستحق رعاية القانون إذ يستطيع بفضل امتيازه أن يباشر حرفته على نحو آلى، بأن يقبل التعاقد لحـساب أى شخص يطلب منه دون بحث فى درجة ملاءمته مادام يتمتع بامتياز من الدرجة الأولى، أما من يقبل التعاقد لحساب الغير نظير عمولة دون أن يحترف هذا العمل، فإنه ليس جديراً بحماية القانون لأنه لا يعرض خدماته على الجمهور بـل يختـار موكله فى روية وأناه، وبناء على اعتبارات الثقة الشخصية بعكس الوكيل المحترف الذى يعتبر حق الامتياز ركناً أساسياً فى نجاح حرفته.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا الفرع إلى غصنين:

الغصن الأول: أوجه التشابه بين الوكالة بالتسخير والوكالة بالعمولة.

الغصن الثانى: أوجه التباين بين الوكالة بالتسخير والوكالة بالعمولة.

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ علي البارودى- المرجع السابق صـ٤٠، ٤١.

الغصن الأول

أوجه التشابه بين الوكالة بالتسخير والوكالة بالعمولة

تقترب الوكالة بالتسخير من الوكالة بالعمولة فى كثير من الأحكام، إلى الحد الذى تختلط فيه كل منهما بالأخرى إن جاز التعبير، ذلك أن النظام القانونى للوكالة بالتسخير يقوم عل أساس أن يتعاقد الوكيل المسخر، باسمه الشخصى مع أحد الأغيار لا باسم الموكل وإن كان فى الحقيقة يتعاقد لحساب الأخير، بمعنى أنه يبدو فى الظاهر عند التعاقد مع الغير أنه الطرف الأصلى فى التعاقد، بل والمستفيد الحقيقى منه وأن ذمته المالية سوف تتأثر بهذا التعاقد – سلباً أو إيجاباً – حين أن المستفيد فى الحقيقة هو الموكل، وعلى ذلك فإن آثار العقد من حقوق والتزامات يتسلمها أولاً الوكيل المسخر ولكن لا تستقر بذمته نهائياً، بل يلتزم هذا الأخير بأن ينقل هذه الآثار إلى ذمة الأصيل بعد ذلك باعتباره المستفيد الحقيقى من هذا التعاقد.

والنظام القانونى للوكالة بالعمولة يقترب من النظام القانونى للوكالة بالتسخير، ذلك أن مقتضى النظام الأول أن يتعاقد الوكيل بالعمولة باسمه الشخصى على أن تنصرف آثار هذا التعاقد إلى ذمة الموكل، وبذلك يبدو الوكيل بالعمولة هو الآخر أمام الغير المتعاقد معه وكانه الطرف الأصلى فى التعاقد بل والمستفيد الحقيقى، وأن ذمته المالية سوف تتأثر بثمار هذا العقد سلباً أو إيجاباً، بينما المستفيد الحقيقى هو الموكل.

ونستعرض فيما يلى أوجه التشابه بين الوكالة بالتسخير والوكالة بالعمولة:

١- من حيث الأثر الاقتصادى لكل منهما فإن آثار العقد الذى يبرمه الوكيل المسخر باسمه الشخصى مع الغير المتعاقد معه ينصرف فى ذمة الأصيل، حيث تستقر هذه الآثار سواء أكانت حقوقاً أم التزاماً فى ذمة الأصيل، على اعتبار أنه الطرف الأصلى فى التعاقد والمستفيد الحقيقى منه وإن كان يتسلمها الوكيل المسخر أولاً من الغير ، حيث يحتفظ بها طرفه على سبيل الأمانة فإن تصرف فيها دون إذن الأصيل، سئل عن تصرف فى ملك الغير وكان بالتالى متصرفاً فى ملك الغير، وإن بددها سئل أيضاً عن جريمة التبديد وخيانة الأمانة فى حالة رفضه تسليمها إلى الأصيل، والحال كذلك فى الوكالة بالعمولة فإن آثار العقد الذى يبرمه الوكيل بالعمولة مع الغير باسمه الشخصى تنصرف فى

ذمة الموكل، وإن كانت تمر أولاً بذمة الوكيل بالعمولة على اعتبار أنه يبدو أثناء التعاقد وكأنه الطرف الأصلى فى التعاقد، والذى يلتزم بعد ذلك بنقلها إلى ذمة الموكل حيث تستقر فى ذمة هذا الأخير، على اعتبار أنه المستفيد الحقيقى من التعاقد والوكيل بالعمولة يحتفظ بآثار العقد من حقوق والتزامات طرفه على سبيل الأمانة، وعلى ذلك فإن تصرف فيها بأى وجه من أوجه التصرف فإنه يكون قد تصرف فى ملك الغير، وإن بددها سئل عن جريمة تبديد وإن رفض تسليمها إلى الموكل سئل عن جريمة خيانة الأمانة كما أن من حق المتعاقد مع الوكيل والموكل أن يرجع كل منهما على الآخر.

ويذهب جانب من الفقه[1] إلى أن جوهر الوكالة بالعمولة يكمن فى انصراف قصد الوكيل بالعمولة إلى المساهمة فى تشييد العقد مع الأغيار وبالتالى تأثر ذمته المالية بثمار الرابطة العقدية، وعلى ذلك فإن ثمار العقد لا تنصرف فى ذمة الموكل مباشرة، كما هو الحال بالنسبة للنظام القانونى للنيابة فى التعاقد بل يجب أن تمر بذمة الوكيل بالعمولة، وبالتالى يمكن لهذا الأخير التصرف فى الحقوق الناتجة عن العقد ولا يخضع فى ذلك لأحكام التصرف فى ملك الغير، كما هو الحال بالنسبة لتصرفات النائب لأن الوكيل بالعمولة يعتبر مالكاً لهذه الحقوق طالما أنها دخلت فى ذمته المالية، ولم يتم نقلها إلى ذمة الموكل وإن كان يعد مخلاً لالتزاماته تجاه الموكل، ولكن هذه مسألة أخرى كما أنه يمكن لدائنيه الحجز على هذه الحقوق على أن يتم ذلك قبل نقلها إلى ذمة الموكل.

ولكننا نختلف مع هذا الرأى للأسباب التالية:

أولاً: أنه إذا كانت آثار العقد الذى يبرمه الوكيل بالعمولة تمر فى ذمته أولاً وقبل نقلها إلى ذمة الموكل، فإن هذه الآثار لا تستقر بصفة نهائية بذمة الوكيل بالعمولة ولكن إلى حين نقلها إلى ذمة الموكل، وبذلك فدخولها فى ذمته يكون بصفة مؤقتة إلى حين نقلها، وبالتالى لا يسمح الوقت الذى تستقر فيه بذمة الوكيل بالعمولة له بالتصرف فيها.

ثانياً: أن يد الوكيل بالعمولة على هذه الآثار هى يد مالك وليس يد أمين، وهذا هو حقيقة قصد المتعاقدين من عقد الوكالة بالعمولة، ولا أثر فى هذا الخصوص

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل عبد الواحد - المرجع السابق- (أثر عدم إعلان النائب) صـ١٦٦.

على التزام الوكيل بالعمولة شخصياً فى مواجهة الغير، لأنه يجب التفرقة بين الآثار الشخصية لتصرف الوكيل بالعمولة مع الغير وبين الآثار العينية لهذا التصرف التى تنتقل بقوة القانون إلى الموكل(١).

ثالثاً: لما كان الوكيل بالعمولة يتصرف باعتباره متعاقداً لحسابه الشخصى وأنه الطرف الموضوعى فى العقد، فإنه فى حالة إفلاس الوكيل يمكـن للموكـل الحـق بمطالبة التفليسة باسترداد بضائعه، التى لم يتم التصرف فيها بعد بوصفه مالكاً لهـا أما إذا كانت حقوق الموكل طرف الوكيل بالعمولة، تتمثل فى مبالغ نقدية فليس لـه المطالبة باستردادها من التفليسة بل يدخل مع بقية الدائنين باعتباره دائنـاً عاديـاً، ويتحمل ما يتحمله كل دائن من تنازل عن دينه وذلك ما لم تكن هذه المبالغ مفـرزة ومحفوظة بمعزل عن بقية أموال الوكيل بالعمولة المفلس ومؤشر عليها بمـا يفيـد تخصيصها(٢).

رابعاً: أنه وإن كان أصحاب هذا الرأى السابق يرون أن الوكيل بالعمولة، يعتبر مالكاً لآثار العقد الذى يبرمه باسمه لحساب الموكل، إلا أن ملكيتـه للآثـار التـى يفرزها هذا العقد تكون ملكية مؤقتة لفترة محددة، وهى الفترة التى تظل فيهـا فـى ذمة الوكيل بالعمولة لحين نقلها بعد ذلك إلى ذمة الموكل، وبالتالى فإذا فرضنا جدلاً أن الوكيل بالعمولة يعتبر مالكاً خلال هذه الفترة فإن ذلك لا يرخص له بالتـصرف فى هذه الآثار من حقوق والتزامات، بأى وجه من أوجه التصرف خلال هذه المـدة التى يحتفظ فيها بهذه الآثار على سبيل الأمانة لأنه تسلمها بصفته طرفاً أصلياً فـى التعاقد، وبالتالى يجب أن يكون أميناً على ما يحصل عليـه أو يتـسلمه لمـصلحة الموكل الذى ائتمنه على ذلك، وبالتالى يجب أن يكون عند حسن ظنه وثقتـه فيـه والذى كان شخصه محل اعتبار عند التعاقد لدى الموكل.

خامساً: أن الوكيل بالعمولة لو تصرف فيما يتعلق بذمته الماليـة مـن حقـوق والتزامات والتى تمثل آثار العقد الذى أبرمه باسمه لحساب الموكل، فإنه يكون فـى هذه الحالة قد أخل بالتزاماته العقدية مع الموكل، ذلك لأن عقد الوكالة بالعمولة من

---

١) راجع فى ذلك: دكتورة/ سميحة القليوبى - شرح العقود التجارية- الطبعـة الثانيـة ١٩٩٢- دار النهضة العربية صـ٨٧.

٢) راجع فى ذلك: دكتورة/ سميحة القليوبى- المرجع السابق صـ٨٧.

عقود المعاوضة حيث يرتب التزامات وحقوق لدى الطرفين، ومن أهم التزامات الوكيل بالعمولة المحافظة على البضائع أو السلع التى تسلمها أو النقود التى حصلها لصالح الموكل وتقديم حساب عنها وتسليمها إلى هذا الأخير، فإن أخل بهذا الالتزام وتصرف فى هذه الآثار فإنه يخضع لأحكام التصرف فى ملك الغير، وإن بددها فإنه يسأل عن جريمة تبديد وإن امتنع عن تسليمها إلى الموكل سئل عن جريمة خيانة الأمانة.

٢- من حيث الأثر القانونى: إنه فى كل من الوكالة بالتسخير والوكالة بالعمولة يتعاقد الوكيل مع الغير المتعاقد معه، باسمه الشخصى وليس باسم الموكل أى ان كل من الوكيل فى الوكالتين يساهم بإرادته فى إبرام العقد مع الغير المتعاقد معه، بحيث يبدو أمام الغير أنه المتعاقد الأصلى والطرف المستفيد من التعاقد، بحيث تنشأ بناء على هذا التعاقد علاقة قانونية مباشرة بين الوكيل والمتعاقد معه، حيث يحق لكل منهما الرجوع على الآخر بمقتضى عقد الوكالة، ولا ينتهى دور الوكيل فى كل من الوكالة بالتسخير والوكالة بالعمولة بمجرد إبرام العقد كما هو الحال فى النيابة فى التعاقد حيث ينتهى دور النائب بمجرد إبرام العقد، وبالتالى لا يظهر بعد ذلك على مسرح التعاقد لأنه يصبح أجنبياً عنه، ولكن يظل الوكيل فى الوكالة بالتسخير والوكالة بالعمولة متواجداً على مسرح التعاقد إلى أن يتم تنفيذ عقد الوكالة طبقاً لبنوده، ذلك لأنه ليس أجنبياً عن العقد ولكنه طرفاً أصيلاً فيه مع المتعاقد معه، ويظل الوكيل ملتزماً بالقيام بما يفرضه عليه عقد الوكالة حتى تمام التنفيذ.

٣- أن عقد الوكالة بالعمولة وعقد التسخير من العقود التى تقوم على فكرة الاعتبار الشخصى فى التعاقد، أى أن شخصية كل من الموكل والوكيل تكون محل اعتبار عند كل منهما أثناء التعاقد، حيث تكون شخصية الوكيل محل اعتبار لدى الموكل فى التعاقد أو توافر صفة معينة يتطلبها الموكل فى الوكيل مثل الثقة والأمانة والسمعة الطيبة، والمركز المالى حيث تمثل هذه الصفات شرطاً أساسياً لكى يتعامل الموكل مع الوكيل، ويعتبر عقد الوكالة بالعمولة من أكثر العقود التى تقوم على الاعتبار الشخصى فى التعاقد، نظراً للسلطات الواسعة التى يتمتع بها الوكيل بالعمولة بشأن تمثيل مصالح الموكل، ولذلك ينقضى العقد

فى كل من الوكالة بالعمولة والوكالة بالتسخير أيضاً بانهيار الاعتبار الشخصى بسبب وفاة أحد الأطراف أو فقده أهليته، أو إفلاسه أو إعساره أو الحجر عليه، وذلك لأن الاعتداد بشخص المتعاقد أو بصفة من صفاته يعتبر عنصراً جوهرياً فى التعاقد وبالتالى فإن الغلط الجوهرى فى شخص المتعاقد أو فى صفة من صفاته يؤدى إلى بطلان العقد(١) حين يعتبر العقد قائماً على الاعتبار الشخصى ويقع هذا الغلط، عادة فى عقود التبرع كما قد يقع فى بعض عقود المعاوضة كالوكالة أو المزارعة(٢).

٤- يلتزم كل من الوكيل المسخر والوكيل بالعمولة بأداء العمل المعهود إليه وفقاً لتعليمات الموكل والتى قد تكون إلزامية والتى بمقتضاها يتم تحديد شروط التعاقد بين الوكيل والغير كتحديد سعر البيع أو الشراء وفى هذه الحالة لا يكون للوكيل أى سلطة تقديرية فى التعاقد، وقد تكون هذه التعليمات بيانية والتى تتمثل فيما يبديه الموكل إلى الوكيل بالعمولة من رغبات فى العقود التى يبرمها الأخير أو تحديد أهداف التعاقد دون تحديد شروط التعاقد التفصيلية، وإذا أناب الوكيل عنه غيره فى القيام بالعمل المعهود إليه فإنه يكون مسئولاً هو ومن أنابه أمام الموكل بصفة تضامنية ويكون الوكيل مسئولاً عن هذا العمل الذى قام به النائب عنه كما لو كان قد صدر منه هو، كما يلتزم الوكيل أيضاً بالمحافظة على البضائع التى تسلمها أو سلمت إليه، ويعتبر فى هذه الحالة مودعاً لديه، وله أن يرجع على الموكل بما ينفقه من مصروفات تقتضيها المحافظة عليها، وإذا ما تلفت هذه البضاعة أو هلكت وهى فى حيازته فإنه يكون مسئولاً عن ذلك أمام، الموكل ما لم يرجع الهلاك أو التلف إلى سبب أجنبى لا يد له فيه، ويلتزم الوكيل أيضاً بأن يقدم حساب إلى الموكل عن أعمال وكالته وهذا الالتزام وإن كانت تفرضه القواعد العامة، إلا أن الوكيل يلتزم بأن يقدم حساباً دقيقاً عن وكالته وأن يؤيده بالمستندات، ويلتزم الوكيل أيضاً بأن يتعاقد مع الغير لحساب الموكل أى أن تتصرف آثار العقد بعد مرورها بذمة الوكيل إلى

---

١) راجع فى ذلك: المادة ٢/١٢١ ب مدنى.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ محمود جمال الدين زكى- المرجع السابق (الوجيز فى نظرية الالتزام) صـ١٢١، دكتور/ سمير إسماعيل - الرسالة السابقة- صـ١٦٧ وما بعدها.

ذمة الموكل بحيث يجنى الأخير ثمارها، وبذلك يمتنع على الوكيل أن يتعاقد مع الغير لحساب نفسه أو يتعاقد مع نفسه فى العقد المكلف بإبرامه لحساب الموكل وذلك لأنه إذا ما تعاقد مع الغير لحساب نفسه فإنه يكون قد أخل بالتزاماته التعاقدية مع الموكل وهى التعاقد لحساب الموكل، وأنه إذا تعاقد مع نفسه فى الحالة الثانية فسوف تقوم شبهة التضحية بمصالح الموكل لتحقيق مصلحته الشخصية وبالتالى التعارض بين المصالح ويقع التزام على عاتق الوكيل، وهذا الالتزام الذى يميز الوكالة بنوعيها الوكالة بالعمولة والوكالة بالتسخير عن غيرها من الوكالة العادية. وهى أن يتعاقد الوكيل باسمه الشخصى لا باسم الموكل ولكن لحساب هذا الأخير، ويمثل إخفاء اسم الموكل بالنسبة للمتعاقد مع الوكيل الخاصة الفذة لعقد الوكالة بالعمولة والوكالة بالتسخير، وتنشأ علاقة مباشرة بين الوكيل بالعمولة والغير المتعاقد معه، أما العلاقة بين الموكل وهذا الغير فهى علاقة غير مباشرة إذ الفرض أن كلاً منهما لا يعرف الآخر، وهذا القول هو الذى يتفق مع طبيعة الوكالة بالعمولة ويميزها عن الوكالة العادية[1] وبناء عليه يلتزم الوكيل بالعمولة بالمحافظة على سرية اسم الموكل فإذا أفشاها كان مسئولاً عن الأضرار التى تحيق بالموكل نتيجة لذلك ذلك أن الغرض الأساسى من الوكالة فى الحالتين هو إخفاء اسم الموكل.

٥- أن الوكيل بالعمولة يتعاقد باسمه الشخصى لا باسم الموكل على أن يقوم بتصرف قانونى لحساب الموكل، فى مقابل أجرة فالوكيل بالعمولة شخص يباشر التصرفات القانونية باسمه الشخصى لحساب شخص آخر يسمى الموكل بمقتضى عقد الوكالة بالعمولة، ولقد عرفت المادة ١/١٦٦ من القانون التجارى الوكالة بالعمولة بأنها «١- الوكالة بالعمولة عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بأن يجرى باسمه تصرفاً قانونياً لحساب الموكل».

ويتضح من التعريف الوارد بالنص السابق ذكره أن عقد الوكالة بالعمولة، يتميز بأن الوكيل بالعمولة فيه شخص يتعاقد مع الغير باسمه الشخصى، دون اسم موكله

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ أكثم الخولى- المرجع السابق- صـ١٩٨، ١٩٩، دكتورة/ سميحة القليوبى- المرجع السابق- صـ٦٤، ٦٥ ونفس الاتجاه: استئناف القاهرة ١٤ فبراير ١٩٥٦ موسوعة جمعة رقم ٤٩٧.

بمعنى أنه يبدو أمام الغير وكأنه المتعاقد الأصلي والمستفيد الحقيقي من هذا التعاقد، وأن ذمته المالية هي التي سوف تتأثر – إيجاباً أو سلباً – بآثار العقد، فيلتزم الوكيل بالعمولة في مواجهة الغير المتعاقد معه بكافة الالتزامات التي تنشأ عن العقد المبرم بينهما ويتلقى كافة الحقوق التي تترتب على هذا التعاقد، ولما كان الوكيل بالعمولة يتعاقد في حقيقة الأمر لحساب موكله كما هو واضح من نص المادة ١٦٦ تجاري، فإنه في العلاقة بينه وبين موكله وهو من أصدر له الأمر بمباشرة هذه التصرفات مع الغير لا يبدو أصيلاً، بل وكيلاً عنه في مباشرة هذا التصرف، فالوكيل بالعمولة يعمل في الحقيقة لحساب الموكل ويسأل في مواجهته عن تنفيذ أوامر الوكالة واحترام شروطها ونقل آثار التعاقد إليه وتقديم حساب للموكل عن نتيجة العمليات التي قام بإجرائها بمقتضى عقد الوكالة.

وقد قضت محكمة النقض بأن «تختلف الوكالة التجارية عن أعمال السمسرة، وتتميز كل منهما عن الأخرى، إذ يقتصر عمل السمسار على التقريب بين شخصين لإتمام الصفقة دون أن يكون له شأن فيما يتم التعاقد عليه، فهو لا يمثل أحد المتعاقدين ولا يوقع على العقد بوصفه طرفاً فيه، أما الوكيل بالعمولة في الوكالة التجارية فإنه يتعاقد مع الغير باسمه دون اسم موكله الذي يجهله المتعاقد الآخر، وإن كان على الوكيل بالعمولة أن ينقل إلى ذمته كل الحقوق وما ترتب على العقد من التزامات ...»[١].

وفي حكم آخر لها قضت محكمة النقض بأن «الوكيل بالعمولة – فرداً كان أو شركة – يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي أصيلاً لحساب موكله، النص في المادة ٨١ من قانون التجارة على أن «الوكيل بالعمولة هو الذي يعمل عملاً باسم نفسه أو باسم شركة بأمر الموكل على ذمته في مقابل أجرة أو عمولة» يدل على أن الوكيل بالعمولة فرداً كان أو شركة يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي أصيلاً لحساب موكله، فيكتسب الحقوق ويتعهد بالالتزامات إزاء الغير الذي يتعاقد معه، ولكنه في حقيقة الأمر ليس بالأصيل وإنما هو يعمل لحساب الموكل الذي كلفه بالتعاقد»[٢] وكذا

---

١) نقض مدني- الطعن رقم ١٠٢ لسنة٣٨ق ١٩٧٣/٦/٧ م.ن.م السنة ٢٤ صـ٨٧٧.

٢) نقض مدني- الطعن رقم ٦٩٢ لسنة٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٨ م.ن.م السنة ٣٤ صـ٨٢٥، الطعن رقم ٩٦٠ لسنة٤٦ق جلسة ١٩٨٣/٤/١٨ م.ن.م السنة ٣٤ صـ٩٩١.

الحال بالنسبة للوكالة بالتسخير فإن الوكيل المسخر يتعاقد مع الغير المتعاقد معه باسمه الشخصي، دون اسم الأصيل الذي يظل غير معروف للمتعاقد مع الوكيل المسخر، بحيث يبدو أمام الغير المتعاقد على أنه اطرف الأصلي في التعاقد وأنه المستفيد الحقيقي من آثار العقد، وأن ذمته المالية هي التي سوف تتأثر سلباً أو إيجاباً بآثار العقد بحيث يتحمل بالالتزامات ويكتسب الحقوق الناشئة عن هذا التعاقد، والذي يلتزم بنقلها بعد ذلك إلى الأصيل على أنه يبدو أيضاً في علاقته مع الأصيل أنه وكيلاً عنه وليس أصيلاً وأن آثار العقد تنصرف إلى الأصيل وذلك بناء على علاقات قانونية مستقلة تجرى بين النائب والأصيل(١).

وقد قضت محكمة النقض بأنه «... ذلك لما كانت الوكالة بالتسخير وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة تقتضي أن يعمل الوكيل باسمه الشخصي وإن كان يعمل لحساب الموكل، الذي يكون اسمه مستتراً ويترتب عليها – تطبيقاً لقواعد الصورية التي تستلزم أعمال العقد الحقيقي في العلاقة بين الموكل والوكيل المسخر – أنها تنتج قبل الموكل جميع الآثار القانونية التي ترتبها الوكالة السافرة، فينصرف أثر العقد الذي عقد بين الوكيل المسخر إلى كل من الموكل ومن تعاقد مع هذا الوكيل»(٢).

وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه «... لما كانت الوكالة بالتسخير – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – تقتضي أن يعمل الوكيل باسمه الشخصي، وإن كان يعمل لحساب الموكل الذي يكون اسمه مستتراً ويترتب عليها – تطبيقاً لقواعد الصورية التي تستلزم، أعمال العقد الحقيقي في العلاقة بين الموكل والوكيل المسخر – أنها تنتج قبل الموكل جميع الآثار القانونية التي ترتبها الوكالة السافرة، فينصرف أثر العقد الذي يبرمه الوكيل المسخر إلى كل من الموكل ومن تعاقد مع هذا الوكيل، لما كان ذلك وكان البين من الحكم المطعون فيه أن مورث المطعون ضدهم الأربعة الأول وإن كان قد اشترى الفيلا محل النزاع باسمه الشخصي، إلا أنه كان وكيلاً

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهوري – شرح القانون المدني – النظرية العامة للالتزامات – نظرية العقد – منشورات محمد الداية – بيروت – صـ٣٣٥.

٢) نقض مدني – الطعن رقم ١٦٥٠ لسنة٥٥ق جلسة ١٩٨٦/١١/٢٠.

مسخراً عن مورث الطاعنة في شرائها من مال ولحساب هذا الأخير مما مقتضاه أن ينصرف أثر العقد الذي أبرمه هذا الوكيل المسخر إلى الأصيل ...»[١].

وفي حكم آخر لها قضت محكمة النقض بأنه «أن من قواعد الوكالة بالتسخير يقتضي أن يعمل الوكيل باسمه الشخصي بحيث يظل اسم الموكل مستتراً، ويترتب على قيامها في علاقة الوكيل المسخر بالغير أن تضاف جميع الحقوق التي تنشأ عن التعاقد، مع هذا الغير إلى الوكيل المسخر فيكون هو الدائن بها قبله كما تضاف إليه جميع الالتزامات فيكون هو المدين بها إليه»[٢].

٦- أن علاقة الوكيل بالعمولة بموكله يحكمها عقد الوكالة، وبذلك يبدو وكيلاً عنه وليس أصيلاً حيث يلتزم بنقل آثار العقد الذي أبرمه لصالح الموكل، إلى ذمة الأخير لأنه يعمل بأوامره الشخصية مقابل أجرة أو عمولة وذلك بمباشرة التصرفات القانونية مع الغير، وأنه في علاقته مع الموكل لا يبدو أصيلاً وإنما وكيلاً عنه في مباشرة هذا التصرف، فالوكيل بالعمولة يعمل في الحقيقة لحساب الموكل ويسأل في مواجهته عن تنفيذ أوامر الوكالة[٣].

وقضت محكمة النقض بأن «الوكالة بالعمولة نوع من الوكالة تخضع في انعقادها وانقضائها وسائر أحكامها للقواعد العامة المتعلقة بعقد الوكالة في القانون المدني، فيما عدا ما تضمنه قانون التجارة من أحكام خاصة بها، وإذا لم ينظم قانون التجارة طرق انقضاء عقد الوكالة بالعمولة فإنه ينقضي بنفس الأسباب التي ينقضي بها عقد الوكالة المدنية، ولما كان مؤدى نص المادة ٧١٤ من التقنين المدني أن الوكالة تنتهي بموت الموكل أو الوكيل وأن استمرار الورثة في استغلال نشاط مورثهم بعد وفاته لا يعدو أن يكون شركة واقع فيما بينهم، ولما كان مؤدى ما تقضي به المادتان ٧١٥، ٧١٦ في ذات القانون وعلى ما ورد بمجموعة الأعمال

---

١) نقض مدني- الطعن رقم ١١٥٥ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٩/٥/٣١.

٢) نقض مدني- الطعن رقم ٢١٥٠ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٢ وفي نفس المعنى الطعن رقم ٢٤٣٧ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٣/٥/٣، الطعن رقم ٢٤٦٦ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٣/٥/٣، الطعن رقم ٦٤ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٢١، الطعن رقم ٤٨٦٤ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٥/٣/١٣.

٣) راجع في ذلك: دكتورة/ سميحة القليوبي – المرجع السابق صـ٣٢، ٣٣.

التحضيرية بأن الوكالة عقد غير لازم فإنه يجوز للموكل، أن يعزل الوكيل في أى وقت قبل انتهاء محل الوكالة ...»[١].

وفى ذات المعنى قضت محكمة النقض بأن «تعتبر مصلحة البريد أمينة للنقل ووكيلة بالعمولة فى الوقت نفسه ويعتبر عملها عملاً تجارياً تحكمه المواد ٩٠ وما بعدها من القانون التجارى، التى توجب عليها نقل الرسائل والطرود وسلامة وصولها وتسليمها للمرسل إليه وتحمل مسئولية الهلاك والتلف والتأخير والمسئولية هنا وبطبيعتها مسئولية تعاقدية تنشأ عن إخلالها بواجبها فى تنفيذ عقد النقل فيلتزم بالتعويض طبقاً للقواعد المقررة فى القانون المدنى ...»[٢].

وكذلك الحال فى الوكالة بالتسخير حيث تكون علاقة الوكيل المسخر بالأصيل، هى علاقة وكيل بموكله حيث لا يعتبر الوكيل المسخر أصيلاً ولكنه وكيل عن الموكل فيما أبرمه من تصرفات قانونية لحساب الأخير، والأصل أن العقد الذى يربط الوكيل المسخر بالموكل وهو ما يسمى بعقد التسخير، يكون عقداً مستتراً فالوكيل المسخر يتصرف فى علاقته مع الغير دون أن يكشف الشخص المختفى وراءه، ومع ذلك فقد تكون هذه العلاقة ظاهرة فى بعض الأحيان ويعلم بها المتعامل معه دون أن يتغير دور الوكيل المسخر ولا تتغير نتائج تصرفاتها وعقد التسخير هو عقد وكالة ولكنها وكالة مستترة غير مكشوفة للغير، ولكنها كذلك بالنسبة لكل من الوكيل المسخر والموكل.

ومن المستقر عليه فقهاً وقضاء أن عقد التسخير أو عقد استعارة الاسم، هو عقد وكالة ولكنها وكالة مستترة، لأن الوسيط يستعمل كاسم مستعار لموكله، والوكالة مستترة تماماً طالما ظلت فى طى الكتمان، إذ لا يوجد ما يشعر الغير أن الاسم المستعار يعمل لحساب آخر[٣].

---

١) نقض مدنى: الطعن رقم ٩٦٠ لسنة٤٦ق جلسة ١٩٨٣/٤/١٨ م.ن.م السنة٣٤ صـ٩٩١.
وفى نفس المعنى: الطعن رقم ٣٥٥ لسنة٣١ق جلسة ١٩٦٦/٣/٨ م.ن.م السنة١٧ صـ٥٠٩.

٢) نقض مدنى: الطعن رقم ٢٩٤ لسنة٢٢ق جلسة ١٩٥٦/٣/٢٢ م.ن.م السنة٧ صـ٣٦٤.

٣) راجع فى ذلك: دكتور/ أحمد مرزوق- الرسالة السابقة- فقرة ٦٩، دكتور/ جمال مرسى بدر- الرسالة السابقة- صـ٢٢٨، ٢٢٩، دكتور/ عبد الرزاق السنهورى- المرجع السابق (العقود الواردة على العمل) صـ٣٨٣، دكتور/ عبد المنعم فرج الصده- المحاضرات السابق الإشارة-

وقد استقرت محكمة النقض على أن الشخص الذى يعير اسمه هو وكيل عمن أعاره، اعتبار وكالته مستترة فى علاقته بالموكل.

ومتى أصبح شخص وكيلاً مسخراً لآخر، فإنه يكون فى علاقته بهذا الأخير وكيلاً عنه وهو فى الحقيقة ليس إلا كذلك، وحينئذ تنطبق قواعد الوكالة وأهمها أن الوكيل لا يجوز له الاحتفاظ بالأموال التى حصل عليها ولا بالمبالغ التى حصلها فهو محاسب كما أنه وكيل.

٧- أن الوكالة بالعمولة من العقود الرضائية التى لا تستلزم لانعقادها شكلاً معيناً، بل يكفى أن يتوافر التراضى بين الطرفين وأن يصدر الرضا عن ذى أهلية، وأن يكون الرضاء خالياً من أى عيب، ويجوز إثبات عقد الوكالة بالعمولة إما بعقد الوكالة ذاته أو أى قرينة أخرى تدل على وجوده بمعنى أنه يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات[١]، وتخضع الوكالة بالعمولة فى ذلك للأحكام العامة المنصوص عليها فى المادة ٨٩ مدنى[٢] من حيث تبادل الطرفين رضاء سليماً خالياً من أى عيب صادر عن ذى أهلية.

وقد قضت محكمة النقض بأنه «الوكالة بالعمولة نوع من الوكالة - خضوعها لأحكام القانون المدنى فيما عدا ما تضمنه قانون التجارة من أحكام خاصة بها. انقضاء عقد الوكالة بالعمولة بذات الأسباب التى تنقضى بها الوكالة المدنية ...»[٣].

ونفس الحال فى الوكالة بالتسخير فهى عقد من العقود الرضائية، التى لا تستلزم لإبرامها شكلاً معيناً بل يكفى أن يتوافر التراضى بين الطرفين وأن يكون الرضا خالياً من أى عيب مثل الغلط والتدليس والإكراه، وأن يكون الرضا صادراً عن ذى أهلية.

=إليها- صـ١٤٦، دكتور/ محمد زكى عبد المتعال- المحامى- البحث السابق- صـ٣-٧، نقض مدنى: الطعن رقم ١٤٣٣ لسنة٤٨ق جلسة ١٩٨٢/٦/٨، الطعن رقم ٢١٥٠ لسنة٥١ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٢، الطعن رقم ٥٥٧٦ لسنة٥٦ق جلسة ١٩٩٧/١١/١.

١) راجع فى ذلك: دكتورة/ سميحة القليوبى- المرجع السابق- صـ٣٢، ٣٣.

٢) راجع فى ذلك: تنص المادة ٨٩ مدنى على أنه «يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد».

٣) نقض مدنى- الطعن رقم ٧٣١ لسنة٦٠ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٥.

وعقد الوكالة بالتسخير عقد مشروع وسليم، طالما أنه مستخدم فى عمل مشروع، إن استخدام الاسم المسخر عمل مشروع ولا يخفى غشاً فى القانون ولا غشاً فيما يتعلق بحقوق الغير، والتسخير لغرض مشروع صحيح ولقد اعترف المشرع المصرى بشرعية الاسم المستعار حيث أباح فى المادة ٤٤٤ من قانون المرافعات أن يستعير الأشخاص، أسماء غيرهم فى الدخول فى مزايدات البيوع القضائية، على أن يعلن الاسم المستعار عن ذلك خلال ثلاثة أيام من تاريخ المزايدة وكذلك فى رسم الأيلولة على التركات افترض المشرع فى الفقرة الرابعة من المادة الرابعة من القانون ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ أن المورث يستعير فى التصرفات أسماء فروعه وزوجه وأزواج فروعه واعتبر هؤلاء أسماء مستعارة، وكذا فى مجال حماية حق التأليف، أباح المشرع بالمادة ٢٨ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٧٤ الخاص بحماية حق المؤلف أن يستعين المؤلف اسم مستعار يضعه على مؤلفه بحيث يظهر باعتباره المالك الظاهر للمصنف.

والتعاقد على التسخير فى عمل شيء باسم المُسخر، ولحساب المُسخر ومن غير أن يظهر اسم هذا الأخير فى هذا العمل مع الغير هو تعاقد صحيح قانوناً لعدم مخالفته للقانون ولا للنظام العام[1].

٨- أن عقد الوكالة بالعمولة من العقود الملزمة للجانبين، حيث يرتب العقد التزامات ويكسب حقوقاً متبادلة بين الطرفين، ذلك أن عقد الوكالة بالعمولة يلزم الوكيل بالعمولة أن يقوم بالعمل المعهود إليه وأن يبذل فى قيامه فى ذلك عناية الشخص العادى، وذلك وفق التعليمات الصادرة إليه من الموكل وأن يمتنع عليه أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه[2] وذلك لاحتمال تفضيل مصلحته الشخصية على مصلحة الموكل، ويلتزم بالمحافظة على البضائع والأموال المسلمة إليه حفاظه على أمواله الخاصة، كما يلزمه عقد الوكالة بأن يقدم حساباً إلى الموكل عن أعمال وكالته مدعماً بالمستندات، وأن يجرى التعاقد مع الغير لحساب الموكل لا لحسابه الخاص كما يلتزم بالمحافظة على سرية اسم الموكل مع الغير، لأن إخفاء اسم الموكل هى الخاصية البارزة فى عقد الوكالة بالعمولة كما يلتزم أيضاً بنقل آثار التصرف الذى أبرمه باسمه لحساب الموكل، ذلك لأن

١) راجع فى ذلك: حكم محكمة استئناف مصر بتاريخ ١٣ ديسمبر ١٩٢٧.
٢) إعمالاً لنص المادة ١٠٨ مدنى.

يده على هذه الآثار هى يد أمين وليست يد مالك كما سبق وأن أوضحنا، وتطبق نفس الأحكام السابقة على الوكالة بالتسخير ذلك لأنها عقد وكالة ولكنها وكالة مستترة وبالتالى فإنها ترتب كل الآثار التى ترتبها الوكالة بالعمولة.

٩- أن الوكيل بالعمولة إذا ما تعاقد باسم الموكل وليس باسمه شخصياً، دون أن يأذن له الموكل بإظهار اسمه فى التعاقد فإنه يكون قد أخل بالتزاماته العقدية ومن أهمها المحافظة على سرية اسم الموكل، وفى هذه الحالة يعتبر فضولياً طبقاً للمادة ١/١٧٣ تجارى وتطبق عليه الأحكام الخاصة بالفضالة المنصوص عليها فى المادة ١٨٨ مدنى فإذا ما أجاز الموكل هذه التصرفات أصبحت نافذة فى حقه وإلا كان الوكيل بالعمولة مسئولاً عنها، وإذا ترتب على إخلال الوكيل بالعمولة لالتزاماته ضرر بالموكل فإنه يلتزم بالتعويض طبقاً للقواعد العامة كذلك الحال فى الوكالة بالتسخير حيث يلتزم الوكيل المسخر بالحفاظ على سرية اسم الأصيل فى علاقته بالغير، ذلك لأن عقد التسخير من العقود المستترة فإذا ما أخل بالتزامه وترتب على ذلك ضرر، التزم الوكيل المسخر بالتعويض، على أنه إذا ما اتخذ الوكيل المسخر تصرفاً باسم موكله دون إذن منه، فإنه يعد فضولياً فى هذه الحالة وتطبق عليه أحكام الفضالة[1].

١٠- للوكيل بالعمولة أن يعين نائباً عنه فى القيام بالعمل المعهود إليه، دون أن يعين شخص النائب ولا يكون مسئولاً إلا عن خطئه الشخصى فى اختيار النائب، أو خطئه فيما أصدر له من تعليمات ذلك لأن الأصل أن عقد الوكالة بالعمولة من العقود التى تقوم على الاعتبار الشخصى فى التعاقد، ولذلك نصت المادة ٧٠٨ مدنى على أنه إذا أناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له بذلك كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ويكون الوكيل ونائبه فى هذه الحالة متضامنين فى المسئولية كذلك الحال بالنسبة للوكالة بالتسخير حيث أن الأصل هو قيام الأخير بتنفيذ الأعمال المكلف بها بنفسه إعمالاً للمادة ٧٠٨ مدنى ولكنه إذا استعان بنائب عنه للقيام، بذلك دون ترخيص كان مسئولاً عن خطئه الشخصى فى اختيار

١) راجع فى ذلك: دكتورة/ سميحة القليوبى- المرجع السابق صـ٣٣ وما بعدها.

النائب، أو خطئه فيما أصدر إليه من تعليمات، كما يكون مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه شخصياً.

١١- يكون الموكل فى كل من الوكالة بالعمولة والوكالة بالتسخير، مسئولاً عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ أعمال الوكالة تنفيذاً معتاداً إعمالاً للمادة ٧١١ مدنى.

١٢- تنتهى الوكالة بالعمولة والوكالة بالتسخير بانتهاء العمل الموكل فيه، كما تنتهى كذلك بعدم النجاح فى العمل المكلف به الوكيل[١] كما تنتهى باستحالة التنفيذ[٢] كما تنتهى كل منهما أيضاً بموت الوكيل أو الموكل، وذلك لأن هذه العقود تقوم على فكرة الاعتبار الشخصى فى التعاقد، أى يكون لشخصية المتعاقدين أثر ومحل اعتبار فى إبرام العقد كما تنقضى الوكالة فى كل منهما إذا صدر قرار بالحجر على أى من الوكيل أو الموكل بسبب فقد الأهلية أو نقصها كما فى حالة الجنون أو السفه، ويرجع السبب فى انقضاء الوكالة فى هذه الحالة إلى عدم توافر أهلية التصرف والإدارة لدى كل منهما، كما تنتهى الوكالة بانتهاء الأجل المحدد للوكالة وذلك بانتهاء مدة العقد، كما تنتهى أيضاً إذا قام الموكل بعزل الوكيل ولو قبل انقضاء الأجل المحدد للوكالة، وكذا تنتهى الوكالة إذا تنحى الوكيل وذلك لتعلق عقد الوكالة بشخص المتعاقد.

١٣- تشترط الأهلية فى كل من الوكيل المسخر والوكيل بالعمولة، على حد سواء ذلك لأن الوكيل وهو يبرم التصرفات القانونية نيابة عن الغير الذى ما يكون قاصراً أو فاقداً الأهلية، فلابد وأن يكون كامل الأهلية اللازمة لإجراء التصرف القانونى المطلوب، إذ لا يعقل أن ينوب قاصر عن قاصر مثله، والوكيل بالعمولة يشترط فيه أن يكون أهلاً للتجارة لأنه إما تاجراً أو يعمل عملاً تجارياً وعلى ذلك لا يجوز لقاصر ولا للمرأة المتزوجة التى لا يسمح لها قانونها الشخصى بالاتجار أن تكون وكيلة بالعمولة إلا بالشروط المقررة للاتجار بالنسبة لها فى القانون.

---

١) نقض مدنى- جلسة ١٩٥٦/٤/٥ السنة٧ رقم ٦٥ صـ٤٨٩.

٢) قد يستحيل التنفيذ على الوكالة بالعمولة تطبيقاً للقاعدة المنصوص عليها فى المادة ٣٧٣ مدنى والتى تقضى بأن ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلاً عليه بسبب أجنبى لا يد له فيه كما إذا احترقت البضائع قضاء وقدراً.

الغصن الثانى
أوجه التباين بين الوكالة بالتسخير والوكالة بالعمولة

وبالرغم من التشابه والتقارب بين كل من الوكالة بالتسخير والوكالة بالعمولة، إلا أنه يوجد بينهما تباين وفروق ونستعرض فيما يلى أوجه الاختلاف بينهما:

١- أن عقد الوكالة بالعمولة غالباً ما يتم إبرامه بين غائبين حيث يكون الموكل فى مكان بعيداً عن الوكيل بالعمولة ذلك أن من أهم فوائده الرئيسية محاولة حصول التاجر على عملاء دون الانتقال من مكان إلى آخر، وهذا يوفر عليه الوقت والجهد والنفقات، كما يحقق هذا النظام للتاجر أو المصنع انتشاراً واسعاً فى كثير من الأماكن والبلدان التى لا يستطيع التاجر أو المنتج الوصول إليها إلا من خلال الوكيل بالعمولة. فى حين أن عقد الوكالة بالتسخير يتم إبرامه بين حاضرين، سواء تم ذلك فى مجلس واحد وهو مجلس العقد أو من خلال الهاتف والذى يعتبر تعاقداً بين حاضرين[١] المهم ألا يكون هناك فارق بين الإيجاب والقبول.

٢- الوكيل بالعمولة يتخصص عادة فى الوساطة فى نوع أو أكثر من الأعمال، كالتخصص فى الشراء أو البيع لسلع معينة أو للنقل بوسيلة معينة على العكس فى الوكالة بالتسخير يجوز للموكل (المُسخِر) توكيل الوكيل المسخر فى جميع التصرفات القانونية سواء أكان شراء أم بيعاً، أم نقلاً أم سمسرة أم مقاولة أم غيرها من التصرفات القانونية.

٣- عقد الوكالة بالعمولة يعتبر من عقود المعاوضة، حيث يتقاضى الوكيل بالعمولة مقابلاً نظير قيامه بالتصرفات القانونية لحساب الموكل ممثلاً فى عمولة أو أجر وقد نصت على ذلك المادة ٨١ تجارى ملغى وهى بصدد تعريف الوكالة بالعمولة كما نصت على ذلك المادة ١٥٠ من قانون التجارة الجديد فى فقرتها الأولى بأن «١- تكون الوكالة التجارية بأجر» وفى المقابل يحصل الموكل على نتيجة جهده وعمله الذى يقوم به أثناء تأديته للعمل المكلف به، فى حين أن عقد

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ محمود جمال الدين زكى- المرجع السابق- صـ٨٦ فقرة ٤٩.

التسخير من الممكن أن يكون بمقابل أو بدون مقابل، وهذا مرجعه إلى العقد المبرم بينهما لأن الوكيل المسخر ليس تاجراً محترفاً مثل الوكيل بالعمولة الذى يتخذ هذا العمل حرفة يتعيش منها، وبذلك من الممكن أن يكون عقد التسخير تبرعاً أو معاوضة طبقاً لاتفاق الطرفين.

٤- الوكيل بالعمولة تاجر محترف يمارس أعمال الوكالة على سبيل الاحتراف، وليس على سبيل الهواية لأنه يمارس عمله كوسيط بين الموكل والغير الذى يتعاقد معه، وهذه الوساطة قائمة على فكرة النيابة فى التعاقد حيث يعمل الوكيل بالعمولة لحساب الموكل وليس لحسابه الخاص، وترجع صفة الاحتراف بالنسبة للوكيل بالعمولة إلى أن المادة ٢ تجارى ملغى لا تسبغ الطابع التجارى إلا على مقاولة الوكالة بالعمولة، ولذلك فإن القانون كان منطقياً مع نفسه عندما تكلم فى باب العقود التجارية، عن الوكلاء بالعمولة لا عن الوكالة بالعمولة لأنه لا ينظر إلى الوكالة بالعمولة إلا من خلال حرفة الوكيل بالعمولة فالوكيل بالعمولة طبقاً لنصوص التقنين التجارى مادة ٨١ منه هو من يحترف التعاقد باسمه الشخصى لحساب الغير نظير عمولة[1]، أما الوكالة بالعمولة فهى كل عقد يبرمه الوكيل بالعمولة مع موكل ممارساً بذلك حرفته أى هى العقد الذى يبرمه مع موكل يحترف التعاقد، نظير عمولة باسمه الشخصى لحساب الغير فى ممارسته لحرفته. أما الوكيل المسخر فليس بلازم أن يكون تاجراً محترفاً لأنها من الأعمال المدنية فكل من يحترف الوكالة المدنية (الوكالة بالتسخير) فإنه لا يعتبر تاجراً وإن تكرر منه قبول هذه الوكالة بأجر اللهم إلا إذا أدخل فى طائفة وكلاء الأشغال أو أصحاب المكاتب التجارية كمكاتب الإيجارات وبيوع وشراء العقارات وبذلك لكى يعتبر الوكيل المسخر وكيلاً محترفاً لابد وأن يمارس أعمال الوكالة على وجه الاحتراف فإن مارسها بشكل متقطع وليس بصفة منتظمة فلا يسبغ عليه وصف التاجر ومن ثم لا يخضع لأحكام القانون التجارى.

٥- فى الوكالة بالعمولة لا تنشأ – كقاعدة عامة – علاقات قانونية مباشرة بين الموكل والغير، حتى ولو علم هذا الأخير اسم الموكل وحقيقة العلاقة بينهما،

١) راجع فى ذلك: دكتور/ علي البارودى- المرجع السابق صـ ٤٠، ٤١.

لأن الفرض أن الغير لا يعلم شخصية الموكل لأن التعاقد قد تم بينه وبين الوكيل بالعمولة مباشرة، دون أن يكون الموكل ظاهراً على مسرح التعاقد وبالتالى فإنه ليس لكل من الموكل والمتعاقد مع الوكيل بالعمولة الرجوع على الآخر إعمالاً لنص المادة ٨٣ تجارى ملغى أما الوكالة بالتسخير فتنشأ علاقات قانونية مباشرة بين الموكل والغير المتعاقد مع الوكيل المسخر وذلك بعد أن يقوم هذا الأخير بنقل آثار العقد إلى الموكل، حيث يحق لكل من الموكل والغير الرجوع على الآخر كما أن هذه العلاقة تقوم أيضاً – ابتداء – عندما يعلم الغير بحقيقة العلاقة وأن الوكيل المسخر يتعاقد بصفته نائباً سواء أعلن عن ذلك صراحة أو علم من خلال ظروف وملابسات التعاقد بحقيقة العلاقة، وبناء على ذلك يقصد التعاقد مع الموكل.

٦- أن عقد الوكالة بالعمولة عقد وكالة، لأنها عقد يبرمه الوكيل بالعمولة مع موكل ممارساً بذلك حرفته أى هى العقد الذى يبرمه مع موكل من يحترف التعاقد نظير عمولة، باسمه الشخصى لحساب الغير فى ممارسته لحرفته[1] وقضت محكمة النقض بأن: «الوكالة بالعمولة نوع من الوكالة تخضع فى انعقادها وانقضائها وسائر أحكامها للقواعد العامة المتعلقة بعقد الوكالة فى القانون المدنى فيما عدا ما يتضمنه قانون التجارة من أحكام خاصة، وإذا لم ينظم قانون التجارة طرق انقضاء عقد الوكالة بالعمولة فإنه ينقضى بنفس الأسباب التى ينقضى بها عقد الوكالة المدنية...»[2] أما عقد الوكالة بالتسخير فهو عقد وكالة، ولكنها وكالة مستترة لأن الوكيل يعمل كاسم مسخر لموكله، لأنه كثيراً ما تضطر الظروف العملية بعض الأشخاص لإخفاء أسمائهم عند التعاقد، وفى سبيل ذلك يوسطون غيرهم فى إبرام التصرفات القانونية، وفى هذه الحالة يعمل الوسيط باسمه الشخصى لا باسم من وسطه فى ذلك.

ومن يرغب فى التعاقد فى مثل هذه الظروف فإنه يلجأ إلى تسخير غيره، فى

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ على البارودى- المرجع السابق صـ٤٠، ٤١.

٢) نقض مدنى- الطعن رقم ٣٥٥ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٣/٨ م.ن.م السنة ١٧ صـ٥٠٩، الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨٣/٤/١٨ م.ن.م السنة ٣٤ صـ٩٩١، الطعن رقم ٧٣١ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٥.

إبرام التصرف القانوني المطلوب أي يسخر غيره في التعاقد بدلاً منه، ولذلك يسمى الوكيل بالاسم المسخر، وتسمى العلاقة القائمة بين الذي يرغب في التعاقد على هذا النحو ومن يسخره أو يستعمل اسمه في التعاقد «عقد التسخير»، والأصل أن عقد التسخير يكون عقداً مستتراً، فالوكيل المسخر يتصرف في علاقته مع الغير دون أن يكشف الشخص الذي يختفي وراءه[1].

وفي ذلك قضت محكمة النقض بأن «... الشخص الذي يعير اسمه هو وكيل عمن أعاره اعتبار وكالته مستترة - انصراف أثر تصرفه للموكل في علاقته بالغير...»[2].

وفي حكم آخر لها في هذا المعنى قضت محكمة النقض بأن «من يعير اسمه ليس إلا وكيلاً عمن أعاره وحكمه هو حكم كل وكيل من حيث ما يجب عليه من رعاية حق موكله وضبطه من حيث مسئوليته إذا أخل بالتزامه وغصب هذا الحق أو افتأت عليه، ولا فارق بينه وبين الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة فيبدو الشأن شأنه في الظاهر مع كونه شأن الموكل في الواقع مما يقتضى أن تعتبر الصفقة فيما بين الموكل والوكيل قد تمت لمصلحة الموكل ولحسابه كل ما ينشأ عن التعاقد من حقوق ولا يكسب الوكيل من هذه الحقوق شيئاً ولا يكون له أن يتحيل بأية وسيلة للاستئثار بالصفقة دونه»[3].

٧- الوكالة بالعمولة وكالة غير نيابية وهي مستترة كما سبق القول حيث تتيح للوكيل بالعمولة أن يعمل باسم الموكل وبإذن منه أو إذا أذن له بذلك، وذلك إعمالاً للمادة ٨٣ تجاري ملغى التي تنص على أنه «إذا عقد الوكيل بالعمولة عقداً باسم موكله بناء على إذن منه بذلك فلكل من الموكل والمعقود معه إقامة الطلب على الآخر وتراعى فيما للوكيل المذكور من الحقوق وما عليه من الواجبات القواعد المقررة للتوكيل فقط» وهذا النص يحيل ولاشك إلى أحكام

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ محمد زكي عبد المتعال- المحامي- البحث السابق الإشارة إليه صـ٣ ومابعدها.

٢) نقض مدني- الطعن رقم ٦٤٨ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤.

٣) راجع في ذلك: نقض مدني ١٦ يونيو ١٩٧٩ الطعن رقم ١٢٨٣ لسنة ٤٨ق (حكم غير منشور)، نقض مدني- الطعن رقم ٦٠٣٦ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٧/١٢/٨.

الوكالة فى التقنين المدنى متى تعاقد الوكيل بالعمولة باسم الموكل، ولكنه يعترف لهذا الوكيل بصفة الوكيل بالعمولة صراحة فهو يظل وكيلاً بالعمولة وإن تعاقد باسم الموكل فالوكالة بالعمولة هى وساطة قائمة على فكرة النيابة فـى التعاقـد حيث يعمل الوكيل بالعمولة لحساب موكله وليس لحسابه الخاص[1] أما الوكالـة بالتسخير فإنها وكالة نيابية وهى وكالة مستترة، وتفرض على الوكيل المـسخر أن يعمل باسمه الشخصى، على أن تنصرف آثار التصرف الذى يبرمـه مـع الغير إلى ذمة الموكل، وقد يرى الموكل أن يخفى اسمه فى التـصرف الـذى فوض فيه الوكيل لسبب أو لآخر، فيشترط فى عقد الوكالة أن يعمـل الوكيـل باسمه الشخصى ويسخره فى ذلك، وتسمى الوكالة فى هذه الحالة بعقد التسخير ويسمى الوكيل بالمُسخر، فهناك إذن نوعان من الوكالة: الوكالة النيابية وهـى وكالة مكشوفة تقترن بالنيابة، وتبيح للوكيل أن يعمل باسم الموكل، والوكالة غير النيابية وهى وكالة مستترة تتجرد عن النيابة، وتفرض على الوكيل أن يعمـل باسمه الشخصى وإن كان يعمل لحساب الموكل[2].

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ أكثم الخولى- المرجع السابق صـ١٨١.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهورى- المرجع السابق (نظرية العقد) صـ٦٢١.

المطلب الثانى
الوكالة بالتسخير والصورية من خلال استعارة الاسم

عرض وتقسيم:

إذا كان مبدأ حرية التعاقد المنبثق من مبدأ سلطان الإرادة يعد بحـــق أحـــد الثوابت الراسخة فى الفكر القانونى، والذى بمقتضاه يكون للأشخاص حرية إبرام ما يريدون من عقود وفى تنظيمها كيف شاءوا طالما أن تنظيمهم هذا لم يخالف النظام العام والآداب أو يتعارض معهما، إلا أن هذه الحرية لا يستطيع الأشـــخاص دائمـــاً ممارستها وفق ما يحلو لهم، فقد يوجد عائق – أو أكثر – يمنعهم من تحقيق ذلـك وليس بشرط أن يكون هذا العائق دائماً ذا طبيعة قانونية، بل من الممكن أن يكـــون مجرد مانع أدبى.

ونظراً للرغبة التى تنطوى على الأنانية وإرادة التحرر من أى قيود يضعها القانون والتى تحد من حرية الأشخاص نحو التعاقد بالكيفية التى يرونهـــا محققـــة لمصالحهم، فإن الشخص قد يدفعه تفكيره إلى محاولة البحث عن وسيلة تمكنه مـــن التغلب على هذه القيود، والوصول إلى المصلحة أو المنفعة التى يرجوها من وراء المحظور ولا يلزم أن تكون هذه المصلحة أو المنفعة مادية دائماً وإنما قد تكون من طبيعة أدبية أو معنوية.

ومن الوسائل التى تمكن الأشخاص من التغلب على هذه القيود أو العوائـــق التى قد تحول دون تحقيق غاياتهم هذه هى التعاقد من خلال الصورية مـــن خـــلال استعارة الاسم، وكذا التعاقد بطريق الوكالة بالتسخير.

ونوضح فى دراستنا فى هذا المطلب مفهوم الصورية من خـــلال اســـتعارة الاسم، حيث سبق وأن بينا مفهوم الوكالة بالتسخير بشئ من التفصيل، ونظراً لمـــا بين هذين النظامين من تشابه وتباين أكبر نوضح أيضاً أوجه التشابه والتباين بـــين الصورية من خلال استعارة الاسم والوكالة بالتسخير، كما نوضح حكم تـــصرفات

صاحب الاسم المستعار والنتائج السلبية المترتبة على تطبيق أحكام الصورية على الوكالة بالتسخير ولتوضيح ذلك نقسم هذا المطلب إلى أربعة فروع:

الفرع الأول: مفهوم الصورية من خلال استعارة الاسم.

الفرع الثاني: أوجه التشابه والتباين بين الوكالة بالتسخير والصورية من خلال استعارة الاسم.

الفرع الثالث: حكم تصرفات صاحب الاسم المستعار.

الفرع الرابع: النتائج السلبية المترتبة على تطبيق أحكام الصورية على الوكالة بالتسخير.

الفرع الأول

مفهوم الصورية من خلال استعارة الاسم

قد يلجأ المدين في سبيل الإضرار بدائنيه إلى إجراء تصرف صوري لا وجود له في الحقيقة، كبيع صورى يتناول جزء من أمواله ويتفق الطرفان على أن البيع لا وجود له، فيظهر المدين بمظهر البائع والمتصرف إليه بمظهر المشترى ويترتب على هذا البيع الصورى خروج المال المتصرف إليه ظاهرياً من الضمان العام وبالمثل أيضاً أن تزيد التزامات المدين ظاهرياً عن طريق عقد قرض صورى وهكذا.

وقد تحقق الصورية[1] أهداف أخرى – غير هدف الإضرار بالدائنيين – فقد

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ أحمد حشمت أبو ستيت – نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ١٩٤٥ مكتبة عبد الله وهبه صـ٤٨٦ وما بعدها، دكتور/ أحمد مرزوق – الرسالة السابقة صـ٥ وما بعدها وصـ٨٩ وما بعدها، دكتور/ إسماعيل غانم – في النظرية العامة للالتزام جـ٢ أحكام الالتزام والإثبات ١٩٦٧ – مكتبة عبد الله وهبه صـ١٩٤ وما بعدها، المستشار/ أنور العمروسى – الصورية وورقة الضد في القانون المدني – دا رالمطبوعات الجامعية* صـ١١، دكتور/ أنور سلطان – النظرية العامة للالتزام جـ٢ أحكام الالتزام ١٩٦٢ دار المعارف بمصر صـ٧٣، دكتور/ رمضان أبو السعود – أحكام الالتزام ١٩٩٨ – دار المطبوعات الجامعية صـ٢٠٠، دكتور/ سليمان مرقص – أحكام الالتزام ١٩٥٧ دار النشر للجامعات المصرية صـ٢٥٢، دكتور/ عبد الرزاق السنهورى – الوسيط في شرح القانون المدنى الجديد جـ٢ دار إحياء التراث العربي بيروت – لبنان * صـ١٠٧٣ وما بعدها، دكتور/ عبد المنعم البدراوى – النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري جـ٢ أحكام الالتزام – مكتبة عبد الله وهبه* صـ١٧١ ، دكتور/ عبد الحميد الشواربي – الصورية في ضوء الفقه والقضاء ١٩٨٦ نادى القضاه صـ١٥ ، دكتور/ عبد الودود يحيى – الموجز في النظرية العامة للالتزامات القسم الثاني أحكام الالتزام ١٩٨٦ دار النهضة العربية صـ١٠٧ ، دكتور/ محمد شكرى سرور – موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري – الطبعة الأولى ١٩٨٤ صـ١١٦ وما بعدها دار الفكر العربي، محمد كمال عبد العزيز – المحامى – التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه ١٩٨٠ مكتبة القاهرة الحديثة – الطبعة الثانية صـ٨٩١ ، دكتور/ محمد لبيب شنب – دروس في نظرية الالتزامات – مصادر الالتزام ١٩٧٧□ أحكام الالتزام وإثباته صـ٢٦٧ وما بعدها، دكتور/ محمود جمال الدين زكى – نظرية الالتزام في القانون المدني المصري جـ٢ – أحكام الالتزام ١٩٦٧ مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر صـ٧٠ ، دكتور/ مصطفى عبد الحميد بدوى – النظرية العامة للالتزام – أحكام الالتزام الطبعة الأولى ١٩٩٣□ صـ١٨٣ ، معوض عبدالتواب رئيس=

يقصد بها التهرب من بعض أحكام القانون، كالبيع الصورى الساتر لوصية أو لهبة وقد يخفى المتعاقدان السبب غير المشروع للتصرف بمقتضى عقد صورى، وفي الأحوال المتقدمة لا زالت العين المبيعة حقيقة على ملك البائع، ولكن لا يستطيع دائنه التنفيذ عليها باعتبارها عنصراً في الضمان العام إلا إذا أثبت صورية هذا البيع عن طريق دعوى الصورية وعلى ذلك يمكن تعريف الصورية بإنها إظهار علاقة قانونية على خلاف الحقيقة ويتم ذلك عن طريق اتفاق يعقده شخصان، يكون من شأنه إيجاد مظهر مخالف للحقيقة. أو أنها اتفاق شخصان على إجراء تصرف ظاهر يخفى حقيقة العلاقة بينهما فهى إذن نتيجة الاتفاق على ايجاد مظهر كاذب عند إجراء تصرف قانوني(١).

وقد يتصل الاخفاء بالتصرف ذاته وقد يرد على أطراف هذا التصرف، وفي النوع الأول تتدرج الصورية من النسبية إلى الاطلاق، فقد لا تحجب إلا جزءاً من حقيقة التصرف وقد تكون مجرد مظهر مصطنع لتصرف لا وجود له في الحقيقة.

والصورية على هذا النحو تتميز عن التدليس المعيب للرضا في أنها تقوم على تواطؤ الطرفين فلا يغش أحدهما الآخر كما تتميز عن التزوير لأن كلا الطرفين عالم بها، ومن ثم لا يجوز الطعن في عقد بالتزوير لصوريته وهي تتميز عن التحفظ الذهنى في أنه يستقل به أحد العاقدين باظهار إرادة وإبطانه أخرى، وهى تختلف عن الاتفاق اللاحق على تعديل عقد سابق أو العدول عنه إذ في هذه الحالة يوجد عقدان حقيقيان، وهى تنتفى كلما وجد عقد جدى ولو كان طرفاه قصدا به الوصول إلى غرض آخر فوق الغرض المباشر من العقد كتصرف المدين تصرفاً جدياً إضراراً بدائنيه، وهى لا تقوم إذا افصح الطرفان في العقد الظاهر عن

=نيابة النقض- الشفعة والصورية وفقاً لأحكام النقض ١٩٨٦□ صـ١٩٢ ، دكتورة/ نبيلة رسلان - دروس في أحكام الالتزام والإثبات ١٤١٩هـ□ صـ٩٤.

١) راجع في ذلك: دكتور/ إسماعيل غانم - المرجع السابق صـ١٩٤ وما بعدها، دكتور/ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق صـ١٠٧٣ وما بعدها، دكتور/ محمود جمال الدين ذكى - المرجع السابق بند ٤١٦ ومن أحكام النقض نقض مدني الطعن رقم ٨١٣٧ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠٢/٥/٢٨م (حكم غير منشور)، الطعن رقم ٢٩ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٢/١١/١١ (حكم غير منشور)، الطعن رقم ١٨٦٧ لسنة ٧٣ق جلسة ٢٠٠٤/٧/١٤م.

العقد المستتر كما هو الشأن مع البيع مع التقرير بالشراء عن الغير لأن شرط الصورية أن يبقى العقد المستتر الحقيقي سراً بين الطرفين[١].

وإذا كان أكثر ما تكون الصورية في العقود إلا أنها قد تكون في التصرف من جانب واحد إذا كان موجهاً إلى شخص معين، كالتنازل عن حق عيني أو الإبراء من دين كما قد تكون في أحكام رسو المزاد[٢] والصورية نوعان صورية مطلقة وصورية نسبية والصورية المطلقة تتناول وجود التصرف ذاته، فيكون التصرف الظاهر لا وجود له في الحقيقة أو حين يتفق العاقدان على اصطناع مظهر كاذب لتصرف لم تتجه إليه إرادتهما بالمرة ومثال ذلك حالة المدين الذي يريد تهريب بعض أمواله من ضمان الدائنين فيتفق مع شخص آخر على اصطناع مظهر عقد بيع لهذه الأموال حين انهما في الحقيقة لم يقصدا إلى هذا البيع، وبالتالي لم يقبض المدين ثمة شيء من ذلك المشترى الصورى ومن ذلك أيضاً أن يتعذر على دائن مطالبة مدينة بنفسه بالوفاء بما عليه من دين، كما لو كان هناك مانع أدبى يمنعه من ذلك فيحول حقه إلى الغير حوالة صورية، وبذلك يكون للمحال له أن يطالب المدين بالوفاء ويتفق سراً على أن الحق لازال للمحيل لا ينتقل إلى المحال له فيكون على هذا الأخير أن يسلم للمحيل ما قد يؤديه المدين.

والصورية النسبية يكون العقد الظاهر ساتراً لتصرف حقيقي يختلف عنه من حيث الطبيعة أو من حيث الشروط والأركان أو من حيث شخصية أطرافه والصورية النسبية قد ترد على تكييف التصرف حين تتجه الإرادة الحقيقية للمتعاقدين إلى إبرام تصرف معين ولكنهما يتفقان على ستره تحت تصرف آخر يختلف عنه في الطبيعة ومثالها أن يستر المتعاقدان عقد الهبة في صورة بيع وذلك مثلاً بقصد جعل استعمال الدعوى البوليصية أكثر صعوبة ومشقة على الدائنين أو تجنباً لصياغة العقد في الشكل الرسمي، إذ أن الرسمية ركن في الهبة أو جعلا من

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق بند ٦١٥.

٢) راجع في ذلك: دكتور/ أحمد مرزوق - الرسالة السابقة صـ٥ وما بعدها وصـ٨٩ وما بعدها، دكتور/ إسماعيل غانم - المرجع السابق بند ٨٦، دكتور/ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق بند ٦١٦.

الهبة ستاراً لإخفاء بيع بغرض حرمان الجار من طلب الشفعة إذ القاعدة أن الشفعة لا تجوز إلا في البيع والصورية النسبية التي ترد على شرط من شروط العقـد أو ركن من أركانه[1].

كما لو ذكر في عقد بيع العقار ثمن أقل من الثمن الحقيقي تهرباً مـن دفـع رسوم التسجيل كاملة[2] أو ثمن أكبر من الثمن الحقيقي حتى يمتنـع الـشفيع عـن المطالبة بالشفعة إذ أن على الشفيع دفع الثمن الذي التزم به المشترى، وكما لو ذكر في عقد إيجار منزل أجرة أكبر من الأجرة المتفق عليها في الحقيقة بغية رفع قيمة المنزل المؤجر في نظر من يتقدم لشرائه بعد ذلك وفي ذلك قضت محكمة الـنقض الفرنسية[3] في أحد الطعون الذي طرح أمامها بأن «بأن الغير يستطيع رفع دعـوى حتى وإن كان غير قادر على إثبات الغش من أطراف العقـد» وتخلـص وقـائع الدعوى أن مدير أحدى الشركات العقارية السيد/ M.W قد نقل إلى حساب خليلتـه Sa Concubine في الأسبوع الماضي ملكية عقارين من أملاك الشركة التـي هـو مديرها، وتم إدانته هو شخصياً بالغش في حسابات الشركة حيث قام المـدير بـدفع قيمة العقارين من حسابه الخاص وهو مبلغ أقل من قيمة العقارين وحتـى لا يـتم افتضاح أمره قام بتسجيل اسم خليلته كمالكه للعقارين. وكان من السهل إقامة الدليل على الصورية من خلال إثبات العلاقة الحميمة بين السيد/ M.W وصديقته المالكـة بالصورية وكذا عن طريق عدم إتباع التعليمات المتعلقة بشروط البيع.

والصورية النسبية التي ترد على أحد أشخاص التصرف ويطلق على هـذا النوع من الصورية اصطلاح التسخير حين يتفق المتعاقدان على إخفـاء شخـصية أحدهما وراء شخص آخر إذا كان القانون يمنع ذى الشخصية المخفية مـن إبـرام

---

1) P.H. Simler et y, lequette. Les obligations, 8ᵉ éd. Dalloz 2002, m. 553; G. Marty et p. Raynaud, les obligations, T.I, les sources, 2ᵉ éd. Sirey, 1988, n° 306.
2) 2-12 Juin 1981, D. 1981. 413, conci, cabannes; paris, 15 mars 1984, clunet 1985, 126, obs. E. Agostini ph, simler, la nullité partielle des actes juridiques, these paris 1969; Req. 19 avr. 1937.
3) Cass. Civ. 3ᵉ, 4 juin 2003, n° 02-12-275, Bull. Civ. 111, n° 123; civ. 1ʳᵉ, 17 sept. 2003 n° 01-12. 925, Bull, civ. 1, n° 181, RJPF 2004-1/31, obs, F.vauville. RTD. Civ. Janvier/Mars 2003.

تصرفات معينة بسبب صفته، فالمادة ٤٧١ مدني على سبيل المثال - تمنع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها. والتي يكون نظرها من اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها، عندئذ قد يعمد المتعاقدان - تحايلا على هذا النص - إلى إخفاء شخصية المشترى تحت ستار شخص آخر يتم تسخيره لهذا الغرض.

على أن التسخير الذي يفترض أن تكون حقيقة الشخصية المستورة معلومة للمتعاقد الآخر يختلف في الواقع عما يسمى بالوكيل المسخر حين تختفى شخصية المتعاقد الحقيقى خلف شخصية آخر يتعاقد مع الطرف الثاني في العقد الذي لا يعلم بحقيقة شخص الطرف الأول وقد قضت محكمة النقض الفرنسية[1] «بأن الاسم المستعار يكون ملتزماً شخصياً وبشكل مباشر في مواجهة من تعاقد معه بهذه الصفة حتى لو كان هذا المتعاقد الآخر يعلم بهذه الصفة». والتعاقد بطريق التسخير هو صورة من صور الوكالة حيث يعير الوكيل اسمه إلى المَوكل في التصرف الذي يبرمه لصالح الأخير فيكون التصرف جدياً نافذاً بين الوكيل والمتصرف معه ولكن آثاره تنصرف إلى الموكل في خصوص علاقة هذا الأخير بالوكيل[2].

ويتضح مما تقدم أن هناك أموراً أربعة يجب أن تتوافر حتى تتحقق الصورية فيجب أولاً أن يكون هناك عقدان أحدهما حقيقى اتجهت إليه إرادة الطرفين والآخر صورى. ويجب ثانياً أن يكون العقدين مختلفين من حيث الطبيعة أو الأركان أو الشروط ويجب أن يتعاصر العقدان أي أن يتما في وقت واحد، وإلا كان اللاحق منهما بمثابة تعديل للسابق لأن القاعدة أن اللاحق يفسخ السابق أو يعدله، على أنه من الجدير بالذكر أن العبرة هنا بالمعاصرة الذهنية[3] التي تتحقق إذا

1) Cass. Com., 26 Avril 1982, D. Cass 1982, I.R. n° 352; Cass. Ass. Plén., 7 Févr. 1986; JCP. 1986, 11, 20616; Cass. 1re civ. 28 mars 2000: J.C.P. 2000.11.10296.

٢) راجع في ذلك: دكتور/ أحمد مرزوق - الرسالة السابقة صـ ١٠٠ وما بعدها، دكتور/ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق بند ٦٠٩ - ٦١٣، دكتور/ محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق بند ٤١٦.

٣) راجع في ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - بند ٦١٤، دكتور/ عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق بند ١٠٤ ومن أحكام النقض المصري نقض ١٩٧٤/٤/٩ مجموعة-

اتفق على الصورية[1] وقت إبرام العقد الأول حتى ولو حررت ورقة الضد في تاريخ لاحق كما يجب أخيراً إخفاء التصرف الحقيقي وإبراز التصرف المصطنع.

هذا وسوف نكتفي في هذا الصدد بدراسة الصورية من خلال استعارة الاسم أن المعنى الاصطلاحي لكلمة الاسم المستعار كل من يعير اسمه في تصرف ما لغير يرى أن مصلحته تقتضي اخفاء اسمه وعدم ظهوره فيه وليس من يعير اسمه سوى وكيل عمن إعارة، ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من حيث أن الوكالة مستترة فكان الشأن شأنه في الظاهر مع كونه في الواقع شأن الموكل أما غيره من الوكلاء فوكالته سافرة الشأن فيها للموكل ظاهراً وباطناً[2].

ولكن هذا القول غير صحيح ذلك لأن صاحب الاسم المستعار ما هو إلا شخص إعار اسمه إلى الغير بموجب اتفاق تم بينهما على أن يظهر صاحب الاسم المستعار أمام الناس على أنه المتعاقد الأصلي والطرف الحقيقي في العقد الذي سوف يبرمه مع الغير في حين أنه ليس كذلك، لأن صاحب الاسم المستعار لا يكون له دور في إبرام العقد فإرادته وإن كانت تبدو أمام الغير من حيث الظاهر أنها تساهم في إبرام العقد إلا أن الحقيقة خلاف ذلك لأن إرادة المستعير للاسم هي التي

-النقض المدني السنة ٢٥ صـ٦٥٨، نقض ١٩٨٥/٢/١٠ طعن رقم ٦٨١ لسنة ٥١ق، نقض ١٩٨٥/٥/٩ طعن رقم ٩٢٢ لسنة ٥١ق.

1) Michel Dagot, la simulation droit prive, L.G.D.J., 1967, n° 2; corbonnier, droit civil, t,4: les obligations, P.U.F., coll. Thémis, 10° éd, 1979, p. 146; Ghestin, article préc., n° 26; perrot et wiederkehr, article préc,. no 18, planiol, traité élém de droit civil, t.2, L.G.D.J., n° 1183; couchez, procedure civile, sirey, 2° éd., 1981, n° 236; Normand, Juriscl. Proc. Civ., Fasc. 151, n° 875; Aubry et Rau, cours de droit civil Francais, 5° éd., t.x1, n. 927; un article dans J.C.P., 11 juin 2004, n° 24. 1269, par Michel Dagot; un article dans D. 24 janvier 1991, n° 4 P. 33-34-35 par Christian larroumet; cass.civ. 3°, 4 juin 2003, Bull. Civ. 111, n° 123, civ. I^re, 17 sept. 2003, Bull. Civ. 1, n° 181, RJPF 2004-1/31, obs.

٢) راجع في ذلك: نقض مدني جلسة ١٩٦١/١١/٢٣م – مجموعة نقض مدني السنة ١٢ صـ٧١٢، جلسة ١٩٦٤/١١/٢٦. مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ صـ١٠٧٣، نقض جلسة ٥ مايو ١٩٦٦ - مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ صـ١٠١٩، نقض مدني ١٦ يونيو ١٩٧٩ الطعن رقم ١٢٨٣ لسنة ٤٨ق «حكم غير منشور»، نقض جلسة ٣ مايو ١٩٩٣ – الطعن رقم ٢٤٦٦ لسنة ٥٥ق – سنة المكتب الفني ٤٤ صـ٣٣١، نقض جلسة ٣ مايو ١٩٩٣ الطعن رقم ٢٤٣٧ لسنة ٥٥ق، الطعن رقم ٤٨٦٤ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٥/٣/١٣م.

تشارك في إبرام العقد، وعلى ذلك فإن إرادة مستعير الاسم هي التى تكون موضـع اعتبار فيما يتعلق بعيوب التراضى وأثر العلم أو الجهل ببعض الظروف الخاصة[1]، ولم يعرف القانون المدنى إلا نظام النيابة في التعاقد والتي بمقتـضاها تحـل إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إنشاء تصرف قانوني على أن تنصرف آثـار هـذا التصرف إلى ذمة الأصيل مباشرة، ولكنه عرف نظام الوكيل المستتر التي بمقتضاه يعمل الوكيل باسمه الشخصى لا باسم الموكل على أن تنـصرف آثـار التـصرف القانوني لحساب الموكل وذلك عن طريق قيام الوكيل بنقل هذه الآثار بـدوره إلـى الموكل بموجب عقد الوكالة[2] المبرم بينهما وقد نصت على ذلك المادة ٦٩٩ مدنى بقولها «الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكـل» ومن نظام الوكالة المستترة عرف القانون المدني نظام الوكالة بالتـسخير أو عقـد التسخير.

ولقد عرف القانون التجاري نظام الوكالة المستترة وهـي المعروفـة فـي القانون التجاري بالوكالة بالعمولة دون الوكالة النيابية فقد نصت المادة ٨١ تجاري على أنه «الوكيل بالعمولة هو الذي يعمل عملاً باسم نفسه أو باسـم شـركة بـأمر الموكل على ذمته في مقابل أجرة أو عمولة» فالوكيل بالعمولة إذن يتعامل مع الغير باسمه هو لا باسم الموكل ولحساب الأخير وينصرف أثر التصرف القانوني الـذي أجراه إلى الوكيل دائناً أو مديناً ولكنه لا يستقر في ذمته وبعد ذلك يرجـع الموكـل على الوكيل بمقتضى عقد الوكالة المستترة الذي تم بينه وبين وكيله.

ويستفاد من ذلك أن الوكيل في القانون المدنى يستطيع أن يعمل مع الغيـر باسمه هو لحساب الغير وهي الحالة العامة في القانون التجارى كما أن الحالة العامة في القانون المدني أن يعمل الوكيل باسم الموكل ولذلك جاء الـنص فـي القـانون المدني ممثلاً لهذه الحالة العامة إذ أن التعاقد في القانون المـدني بطريـق الاسـم المستعار قليل الوقوع ولذلك لم يهتم القانون المدني القديم بالنص عليه، ولكن لـيس

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢٤٩.

2) V° contrats et obligations, Fasc. 138, par Georges wiederkehr; Mandat, Fasc. A, par Doniéle Alexandre.

معنى هذا أن القانون المدني حرم الوكالة المستترة وإن القانون التجاري حرم هـو الآخر الوكالة الظاهرة، ذلك لأنه من المقرر قانوناً أن ما لم يحرمه القانون أو يأمر به فهو مباح.

ولقد جاء في المذكرة الإيضاحية[1] عن عقد الوكالة ما يأتي «عرف المشرع الوكالة فبين أن الوكيل يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل والتقنيين الحالي يطلق في عمل الوكيل فلا يقيده بالعمل القانوني ويقيده في كيفية إجراء العمل فيقتـضى مـن الوكيل أن يعمل باسم الموكل وكل من هذا الإطلاق والتقييد غير صحيح، فالوكيـل إنما يقوم بعمل قانوني وهذا ما يميز الوكالة عن عقد العمل، وإذا كان يعمل دائمـاً لحساب الموكل فليس من الضروري أن يعمل باسمه فقد يعمل باسـمه الشخـصي، وهذا ما اصطلح على دعوته «بالاسم المستعار» والاسم المستعار وكيـل كـسائر الوكلاء يتسع له المشروع ويضيق عنه تعريف التقنيين الحـالي، وإن كـان هـذا التقنيين يشير إليه إشارة مقتضبة في أحد نـصوصه (م٥٢٣/٤٦٨)[2] ولا يختلـف الاسم المستعار عن سائر الوكلاء في علاقته مع الموكـل ولـذلك لـم يخـصص المشروع له مكاناً في عقد الوكالة وإنما يتميز بأحكام في علاقته مع الغير، وهـذا مكانه في النيابة بوجه عام حيث نجد في المشروع نصاً خاصاً بـه (م١٠٩) وقـد أحيل في الوكالة على هذا النص».

ونصت المادة ١٠٦ من القانون المدني الجديد على أنه «إذا لم يعلن العاقـد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب».

أما في الشريعة الإسلامية فقد اختلفت المذاهب في هذا الموضوع فأبو حنيفة يرجع حكم العقد إلى الموكل، أما حقوق العقد فترجع إلى الوكيل، وهـو فـي هـذا

---

١) راجع في ذلك: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري على المادة ٦٩٩.

٢) نصت المادة ٥٢٣/٦٤٢ من التقنيين المدني القديم على ما يأتي «الوكيل الذي يعمل عملاً على ذمة موكله بدون أن يخبر بتوكيله يكون هو المسئول لدى من عامله...».

يقترب من النظام الروماني على النحو الوارد في الفصل التمهيدي لهذه الرسالة[١]، ويرجع الشافعي حكم العقد وحقوقه إلى الموكل دون الوكيل وهو في ذلك يتفق مع القانون الحديث.

ويتميز التعاقد باسم مستعار أو التعاقد من خلال استعارة الاسم أن يكون هذا من خلال إبرام اتفاق بين طرفي العقد على أن يستعير أحدهما اسم شخص من الغير وذلك بإبرام اتفاق بينهما أي بين صاحب الاسم المستعار والمستعير للاسم، يقضي بأن يستعير الأخير اسم الأول في إبرام تصرف قانوني لمصلحته بحيث يظهر صاحب الاسم المستعار أمام الناس على أنه المتعاقد الأصلي والطرف الحقيقي وذلك بالمخالفة للحقيقة الثابتة والتي تقضي بأن الطرف الحقيقي والمستفيد من هذا التعاقد هو المستعير للاسم وليس صاحب الاسم المستعار، ويفهم من ذلك أن الصورية من خلال استعارة الاسم لها معنى قانوني محدد وهي أنها تنصب على الصفة العقدية في حد ذاتها[٢]، كما يتميز التعاقد من خلال استعارة الاسم أن صاحب الاسم المستعار لا يصدر منه إيجاباً يتضمن التعبير عن إرادته في المشاركة بإرادته مشاركة إيجابية وفعالة في إبرام التعاقد مع الغير بل إن الذي يقوم بالمشاركة الفعلية في إبرام العقد هو المستعير للاسم، ويقتصر دور صاحب الاسم المستعار على التوقيع على العقد باسمه دون أن يشارك في أسسه أو شروطه أو بنوده ومن ثم لا يظهر على مسرح التعاقد إلا ساعة التوقيع على العقد باسمه وبالتالي لا يكون له وجود بعد ذلك، لأن المتعاقد الحقيقي والطرف في التعاقد هو المستعير للاسم. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية[٣] في أحد الطعون الذي طرح أمامها بأن «بأن وساطة شخص لا يفترض أن يكون التصرف الظاهر والتصرف الخفي ثم إبرامه بين ذات الأطراف ومن ثم فإن حكم محكمة الاستئناف يكون قد خالف القانون» ووضعت المحكمة مبدأ هام وهو «أن للمتعاقد مع الطرف الظاهر في العقد الظاهر الحق في مقاضاه المستفيد في العقد الخفي في حال إثباته وجود اتفاق خفي بين

---

١) راجع في ذلك: صـ٩٦ وما بعدها من الرسالة.

٢) راجع في ذلك: دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢٤٨.

3) CASS, civ. I^re, 28 nov. 2000, RTD, civ. P. 134, 135; CASS. Civ. I^re, 19 juin 1984, Bull. Civ. 1, n° 205. RTD. Civ. Janvir/Mars 2001.

المتعاقد معه والمستفيد...» ولا شك أن محكمة النقض وضعت حلاً عقلياً حيث اعتبرت أن وساطة شخص أو عدة أشخاص باتخاذهم مظهر خارجي بخلاف الواقع يتطلب تدخل ثلاث أطراف على الأقل (المتعاقد والوسيط والمستفيد) ومن هنا نستطيع أن نستنتج أن شخصية الأطراف في التصرف الظاهر أو في العقد الخفي غير محل اعتبار طالما توافرت صورية التصرف(١)، وفي الواقع أن استخدام الاسم المستعار سواء بالصورية التقليدية يعتبر حالة من حالات الصورية(٢).

وقد طرح الفقه والقضاء الفرنسي(٣) تساؤلاً وهو الأكثر أهمية من وجهة نظرهم وهو ما الحال إذ ما رغب الغير في ملاحقة المتعاقد الأصلي في العقد الظاهر أمام القضاء، والغير هنا هو من تعاقد مع صاحب الاسم المستعار، والرد على هذا التساؤل يكون بالإيجاب إذا كان المتعاقد الأصلي عالم بأنه يتعامل مع شخص ساتر أو مع اسم مستعار، ويكون بالنفي إذا لم يتصل علم المتعاقد الأصلي بالعقد الخفي ومن ثم لم يصل إلى علمه قيام عقد صوري وآخر خفي حقيقي إلا أن الحكم قد سلط الضوء على مصطلح هام إلا وهو «ورقة الضد» على الرغم من أن المحكمة قد اهتمت بموضوع العقد الظاهر والعقد الخفي.

ولما كان الفقه(٤) يعطى لمدلول الطرف التعاقدى معنيين. احدهما شكلى بمعنى الذي يساهم بإرادته في إبرام العقد والآخر مادى بمعنى الذي يكتسب ويتحمل ما ترتبه العلاقة التعاقدية من حقوق والتزامات بحيث يجتمع المعنيين حال إبرام العقد عن طريق المتعاقد بذاته وهذا هو الأصل في التعاقد بمعناه الشكلى ومدلولة بمعناة الموضوعى أو المادى وبذلك يكتسب النائب صفة الطرف التعاقدى بمعناه الشكلى في حين يكتسب الأصيل صفة الطرف التعاقدي بمعناه المادى أو الموضوعي، وعلى ذلك فإن صاحب الاسم المستعار لا يعتبر طرفاً بالمعنى الشكلي

---

1) PH. Malaurie et l. Aynés, les obligations, cujas, 10. éd, 1999, n° 624 et M. Dagot, la simulation en droit privé, LGDJ, 1967, n° 69.
2) F. Leduc, Réflexions sur la convention de prête-nom, RTD Civ. 1999, 283.
3) Com. 26 AVR, 1982, D. 1986, 233, note D. Rambure; civ l^{re}, 17 nov, 1999 contrats, conc. Consom. 2000, n° 42 L. leveneur; cass. civ. 3^{e}, 8 juill, 1992, RTD. Civ., 1993, 352. RTD. Civ. Janvier/Mars 2001.

٤) راجع في ذلك: دكتور/ عبد الحي حجازي - النظرية العامة للالتزام جـ١-١٩٦٢ صـ٦٠٢، ٦٠٣.

لأن مدلول الطرف الشكلي لا يكتسب من واقعة التوقيع على العقد والتي لا تعد وأن تكون عملاً مادياً بحتاً بل يكتسب هذه الصفة بالمشاركة الإيجابية والفعالة في إبرام العقد، وعلى ذلك فإن إرادة صاحب الاسم المستعار ليس لها دور فعال فـــي إبـــرام العقد بل أن إرادة المستعير للاسم هي التي تلعب هذا الدور، ذلك لأن صاحب الاسم المستعار مجرد ستار أو شكل خارجي لإضفاء الصبغة القانونية على التصرف ومن تطبيقات التعاقد باسم مستعار يقول الأستاذ الدكتور/ عبد الرزاق الـــسنهوري(١) «أن يشترى شخص أرضاً باسم ابنته، فتكون البنت هي المالكة الحقيقيـــة لـــلأرض ولا تلتزم بنقل ملكيتها للأب، ولا ينتفع هذا الأخير من الشفعة انتفاعاً شخصياً إلا بمقدار ما ينتفع به الأب عادة بمال أولاده وإنما قصد الأب من استعارة اســـم ابنتـــه فـــي الشراء باسمها أن يتفادى لو أنه اشترى باسمه أن يرثه غير ابنته من أقارب لأنـــه ليس له أولاد ذكور، أو أن يتفادى ضريبة التركات إذا ما انتقلت الأرض بالميراث إلى ورثته .... أو أن يتفادى أحكام قانون الإصلاح الزراعي التي تضع حداً أقصى لملكية الفرد أو أن يتفادى ضريبة الإيراد العام فلا يشترى الأرض باسمه حتـــى لا يزيد إيراده الشخصي فتزيد الضريبة على هذا الإيراد».

وإذا كان التعاقد من خلال استعارة الاسم يتطلب وجود اتفاقين كـــل منهمـــا مستقل عن الآخر الأول يتم إبرامه بين صاحب الاسم المستعار والمستعير للاسم أى الشخص الذي يرغب في استعارة الاسم وهذا الاتفاق يشارك فيه كل منهما بإرادتـــه في إبرامه بحيث تكون إرادتهما لها الدور الإيجابي والفعال في إبرام العقد، والثاني يتم بين الشخص الذى يستعير الاسم والغير ولاشك أن أهمية هذا الاتفاق تظهر جلية إذا كان مستعير الاسم يرغب في شراء شيء معين بنظام التقسيط ففي هذه الحالة لا يستطيع إبرام عقد البيع من خلال فكرة الصورية إلا إذا وافق البائع على ذلك، وفي هذه الحالة يحصل البائع على ورقة ضد على المستعير للاسم يستطيع من خلالهـــا الحصول على حقه والمتمثل في الأقساط المتبقية من المشترى الحقيقي وذلك مـــن

١) راجع في ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهوري – الوسيط جـ٧ (سابق الإشـــارة إليـــه صـــ٨٠٥ هامش رقم ١.

خلال الرجوع عليه ومطالبته قضائياً(١)، وبذلك نجد أن صاحب الاسم المستعار لم يشارك بإرادته في إبرام عقد البيع الذي تم مع البائع ولكن إرادة المستعير للاسم هي التي شاركت في إبرام العلاقة التعاقدية مع البائع وعلى ذلك فإن إرادة المستعير للاسم هي التي تكون موضع اعتبار فيما يتعلق بعيوب التراضي وأثر العلم أو الجهل ببعض الظروف الخاصة بهذا التعاقد وذلك إعمالاً للفقرة الأولى من المادة ١٠٤ من القانون المدني، لأن إرادة صاحب الاسم المستعار وإن كانت تظهر أمام الغير على أنها تشارك في إبرام الرابطة العقدية إلا أن حقيقة الواقع خلافاً لذلك لأن صاحب الاسم المستعار ما هو إلا ساتر لشخصية المستعير للاسم أى أنه مجرد واجهة لهذا التعاقد.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية(٢) في أحد الطعون المطروح أمامها بأن «وساطة شخص ما لا يفترض سوى أن التصرف الظاهر والتصرف الخفي قد إبرما بين ذوات الأشخاص .....». وتخلص وقائع الدعوى بقيام أحد الآباء باقتراض مبلغ من المال بصفة شخصية من أجل إقامة مطعم وبمجرد حصوله على المبلغ قام بتحويله مباشرة إلى ابنه، وكل ذلك كان في غيبة من علم المقرض وعند تحريك دعوى المطالبة قام المدعى بإدخال كلاً من زوجة المدعي عليه وابنه المستفيد، وأمام محكمة الاستئناف تم رفض دعوى المطالبة في مواجهة الأبن حيث اعتبرت المحكمة أنه من الغير وطبقاً لنص المادة ١٣٢١ من القانون المدني فهو غير مخاطب بالدعوى وذكرت المحكمة في حيثيات الدعوى أنه في اللحظة التي أبرم فيها اتفاق ظاهر بين المقرض والأب المقترض كان هناك اتفاق خفي بين الأبن والأب إلى نقل الفائدة إلى هذا الأبن وأن هذين الاتفاقين لم يبرما بين ذات الأطراف....».

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢٤٩.

2) Cass. Civ. 1er. Civ. 1re. Civ., 28 nov. 2000-98-14. 618 (n° 1771 FS-P) – Demandeur: Favenc – Défendeur; Eche (cts) – Décision allaquée: cour d'appel de paris, 2ech – civ. B, 26 Fevr 1998; Bull. Civ. I, n° 311; Defrénois 2001, P. 237, obs. R. Libchaber. D. civ. 5 Avril 2001.

ولقد حسمت محكمة النقض في حكمها المذكور أعلاه النزاع الدائر حول التصرف الظاهر والتصرف الخفي، فالصورية وطبقاً لما انتهت إليه محكمة النقض لا تستلزم إبرام التصرف الظاهر والتصرف الخفي بين ذوات الأشخاص وبهذا الحكم تم التغلب على محاولات الخلط والاخفاء للتصرفات الحقيقية وبخاصة المتعلقة بالسعر[1] والحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية السابق الإشارة إليه قد صرح بأن الصورية بإدخال شخص أو أكثر لم تكن إلا نوعاً جديداً أو تعداد للصورية ولا تستلزم أن يكون من أبرم التصرف الظاهر هم حتماً ذات الأطراف في التصرف الخفي، وإذا كانت المحكمة قد رفضت إثارة دعوى الصورية في شأن الشركاء الذين ساهموا في العمل الصورى فإن محكمة الاستئناف تكون قد خرقت نص المادة ١٣٢١ من القانون المدنى، وقررت المحكمة أن الاتفاق العائلى المبرم بين الأب وابنه أبُطل وقررت المحكمة أن الأبن هو المدين الحقيقي وأنه بموجب هذا الحكم قد تمكن المدعى (المقرض le préteur) من توجيه ادعاؤه ليس فقط إلى ابن المقرض ولكن لزوجته وكذا في مواجهة زوجة المدعى عليه وبغض النظر عن صلة القرابة التي تجمع المدعى عليهم فإن دعوى الصورية قد سمحت بإقامة الحقيقة وإخفاء التصرفات الخفية.

وقد خلق هذا الحكم نوعاً من الخلط بين التعاقد بالاسم المستعار والصورية لأنه في التعاقد عن طريق الاسم المستعار يكون المستعير للاسم ملزماً بالآثار المترتبة على التعاقد الذي أبرم وتنعقد مسئوليته عن هذه الآثار سواء كانت حقوقاً أو التزامات، وعلى خلاف ذلك إذا ما توافرت النية لإبرام اتفاق صورى فلا يتصور أن يكون أحد أطراف الاتفاق يتم تكييفه على أنه أجنبي عن هذا الاتفاق، على خلاف صاحب الاسم المستعار الذي لا يكتسب صفة الطرف الشكلي في التعاقد الذي أبرمه لانه لم يشارك بإرادته في إبرام العقد ولكن المستعير للاسم لا تكون له صفة إذا ما أقام الغير المتعاقد مع صاحب الاسم المستعار الدعوى ضده لأنه فقط طرف في الآثار المترتبة على العقد فهو شريك في الأرباح والخسائر في حين أن الغير في

---

1) CF. M. Dagot, la simulation en droit prive, LGDJ, 1969, n° 29.

دعوى الصورية يمكن إدخاله واختصامه في هذه الدعوى، ففي الاتفاق الصوري يفترض توافر تصرفين أحدهما جلي ظاهر والآخر خفي. إرادة حقيقية تحل محل إرادة أخرى مصطنعة.

وورقة الضد التي يحصل عليها المتعاقد مع صاحب الاسم المستعار على المستعير للاسم ما هي إلا ضمانة للغير المتعاقد مع صاحب الاسم المستعار لحصوله على حقه لأنه غالباً ما يكون الأخير قاصراً أو غير ممتلئ وليست لديه القدرة المادية على الوفاء بالالتزامات الناتجة عن العلاقة التعاقدية، فإنه يفضل ذلك بدلاً من الدخول في مشاكل قانونية هو في غنى عنها، وإذا كانت ورقة الضد تمثل السياج الآمن للغير المتعاقد مع صاحب الاسم المستعار فإنه قد سبق القول بأن الصورية تعني أن تصرف المدين يكون صورياً لا وجود له في الحقيقة والصورية تعتبر وسيلة من وسائل حماية الضمان العام للدائنين، فالصورية[1] تعني اتخاذ مظهر غير حقيقي لإخفاء تصرف حقيقي وذلك بأن يتفق طرفان بإخفاء إرادتهما الحقيقية بقصد إخفاء تصرف حقيقي من الغير، فتصرفهما الظاهر يكون صورياً وإما تصرفهما المستتر فيكون حقيقياً.

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ أحمد حشمت أبو ستيت - المرجع السابق صـ٢٤٦ وما بعدها، دكتور/ أحمد مرزوق - الرسالة السابقة صـ٥ وما بعدها وصـ٨٩ وما بعدها، دكتور/ إسماعيل غانم - المرجع السابق صـ١٩٤ وما بعدها، المستشار/ أنور العمروسي - المرجع السابق صـ١١، دكتور/ عبد الرزاق السنهوري - أحكام الالتزام (سابق الإشارة إليه) صـ١٠٧٢ وما بعدها.

Ph. Simler et y, le quette. Les obligations, 8ᵉ éd. D. 2002, m. 553; G. 306 Marty et p. Raynaud, les obligations, T.I, les sources, 2ᵉ éd sirey, 1988, n° 306; PH. Simler, la nullité partielle des actes juridiques, thése paris 1969; Req, 19 Avr. 1937; pont, *des petites contrats, n° 1079; Beudant, note D.* 1993. I. 369; Aubry et Rau, 4ᵉ éd, 1869-1878, t. 4, p. 636; castes, du prête – nom, thése, paris, 1891, n° 42; Fourcade, la simulation, these, 1886, p. 1025; planiol et Ripert, 2ᵉ éd., t. 11 par savatier, N° 1507; Bredin, Remarques sur la conception Jurisprudentielle de l'acte simulé, Rev. trim. Dr.civ. 1952. 273; Marty et Raynaud, droit civil t. 2, vol. 1, les obligations, sirey, *1969*, n° 2735.

أما ورقة الضد كما تسميها الإجراءات القضائية فهي عقد مستتر وهذا العقد يشتمل على الحقيقة التي يسعى المتعاقد إلى إخفائها والعمل على محو مستوى العقد الظاهر كله أو جزء منه[١].

فالمقصود بالصورية إذن أن يكون تصرف المدين صورياً لا وجود له في الحقيقة أي أنها اصطناع مظهر كاذب عند إجراء تصرف قانوني ويلجأ إليها المتعاقدان عندما يريدان إخفاء حقيقة ما تعاقدا عليه، فيكون هناك في الخفاء اتفاق آخر يعدم هذا الاتفاق الصوري وهو ما يعرف بورقة الضد، والاتفاق السري يهدم وجود الاتفاق الظاهر أو يعدل أحكامه أو يغير آثاره.

ولقد جاء بالأعمال التحضيرية للقانون المدني[٢] في صدد المادتين ٢٤٤، ٢٤٥ اللتين وضعتا القواعد الأساسية للصورية وورقة الضد بأنه «ليست الصورية سبباً من أسباب البطلان، فالأصل أن يعتد بالعقد المستتر دون العقد الظاهر وهذا ما يطابق إرادة المتعاقدان، ومع ذلك فقد يجعل دائنو المتعاقدين وكذلك خلفهما الخاص حقيقة الموقف اعتماداً على العقد الظاهر، وفي هذه الحالة يكون لأولئك تفريعاً على حسن نيتهم أن يتمسكوا بهذا العقد إذا اقتضت مصلحتهم ذلك، نقيض ذلك يكون لدائني البائع أو لخلف آخر من خلفائه مصلحة في التمسك بورقة الضد ولكل منهما أن يفعل ذلك. ويناط الحكم عند تنازع ذوى المصالح المتعارضة على هذا الوجه بفكرة استقرار المعاملات، فإذا تمسك دائن البائع بهذا العقد الظاهر بورقة الضد وتمسك دائن المشترى بهذا العقد الظاهر كانت الأفضلية للأخير لاعتبارات تتعلق

---

١) راجع في ذلك: المستشار/ أنور العمروسي – المرجع السابق صـ٣٧٤، دكتور/ عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني (سابق الإشارة إليه) صـ١٠٧٢ وما بعدها.

- Carbonnier, Droit civil, t, 4: les obligations, P.U.F., coll. Thémis, 10e éd., 1979, P. 146; Ghestin, article préc., n° 26; Perrot et wiederkehr, article préc., n° 18; planiol: traité élém de droit civil, t. 2, L.G.D.J., n° 1188; Flavian, Des contre – lettres, these, paris, 1929, P. 133; Adde David, de l'action en declaration de simulation, these, poitier 1921, P. 38; couchez, procedure civile, sirey, 2e éd., 1981, n° 236; Normand, Jurisel. Proc. Civ., Fasc. 151, n° 5875; et contre lettre: J, Ghestin, Rép. civ. V° simulation, 1975, n. 70S; P. Julien, art. Préc. CF. M. Chaniotwaline, la transmission des clientéles civiles, LGDJ, Bibl. Droit. Privé, t. 244, 1994.

٢) راجع في ذلك: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني جـ٢ صـ٦٤٣، ٦٤٤، ٦٤٥.

بتأمين ذلك الاستقرار، أما فيما يتعلق بالمتعاقدين أنفسهم ومن يخلفهم من الورثة فوجه الحكم بيّن (أي واضح) فليس للعقد الظاهر أثر بالنسبة لهم وذلك أن نية المتعاقدين تنصرف إلى التقيد بالعقد المستتر فهو الجدير وحده بالاعتبار دون غيره» وقد تكون الصورية سبباً لبطلان العقد المستتر وقد تكون سبباً لبطلان العقد المستتر برمته، فيبطل العقد المستتر بطلاناً مطلقاً إذا وقع من جراء الصورية مساس بمصالح أساسية رعاها القانون والتي من بينها القضاء على الغش، الأمر الذي يتعين اعتبار العقد الظاهر نافذاً دون غيره من تجريد العقد المستتر من كل أثر حتماً فيما بين المتعاقدين وهذا ما أملته أحكام القانون مراعاة للنظام العام، مثال ذلك بطلان ورقة الضد في عقد الزواج وهي أعمال قانونية شرطية إذا كان من شأن ورقة الضد أن تغير من أحكام هذا الزواج التي قررها القانون(١).

ومقتضى الصورية تقوم على وجود عقدين أحدهما ظاهر والآخر مستتر وهو الذي يعرف بورقة الضد وإن من شأن هذه العلاقة إخفاء إرادة المتعاقدين إخفاء تصرف حقيقي عن الغير، ولما كان العقد المستتر (ورقة الضد) يشتمل على الحقيقة التي يسعى المتعاقدان إلى إخفائها، والعمل على محو محتوى العقد الظاهر كله وجزء منه فقد كان لزاماً لذلك أن تكون ورقة الضد ثابتة بالكتابة حتى يحتج بها الشخص الذي يتمسك بالعقد الظاهر سواء كان المتعاقد أو ورثته أو أحد خلفائه، ومفهوم التستر في ورقة الضد أن تكون خافية بما تضمنته من أحكام مخالفة لنصوص العقد الظاهر، ولما كان شهر العقد من أثر الإعلان بما تضمنه وعندئذ تكون حكمة وآثار الإستتار تكون قد عرفت وظهرت حقيقة سافرة ولذلك نرى أنه يكفي لقيام ورقة الضد أو احداثها لآثارها القانونية أن تكون ثابتة بالكتابة دون حاجة إلى اشتراط شهرها حتى ولو كان العقد الظاهر مسجلاً. وعلى ذلك يجوز الاحتجاج بورقة الضد غير المشهرة على طرفيها ولو كانت في صيغة تفاسخ متى كان من الثابت أنها ليست في حقيقتها تفاسخاً، بل إقرار بصورية عقد آخر أفرغ في صورة

---

١) راجع في ذلك: للأستاذ/ أحمد رفعت خفاجي – الصورية والتصرف القانوني – مقال منشور في مجلة المحاماة السنة ٣٤ صـ١٤٦٥ وما بعدها، دكتور/ أحمد مرزوق – الرسالة السابقة صـ٤٠٥، ٤٠٦.

تفاسخ، كما أنه يصح أن يوجه بها الغير متى ثبت علمه بها[١]. إن ورقة الضد غير المسجلة يجوز الاحتجاج بها على طرفيها ولو كانت في صيغة تفاسخ متى كان من الثابت أنها ليست في حقيقتها تفاسخاً، بل إقرار بصورية عقد آخر افرغ في صورة تفاسخ كما أنه يصح أن يواجه بها الغير ولو كانت غير مسجلة متى ثبت علمه بها[٢]. ولمحكمة الموضوع بما لها من سلطة في تغير العقود وتقدير الوقائع أن تقدر أن العقد محل الدعوى وإن صدر في يوم تال لعقد آخر بينه وبين العقد الآخر معاصرة ذهنية، وأن العقد الأخير وإن وصف بأنه تفاسخ هو في حقيقته حسبما انعقدت عليه نية الطرفين – ورقة ضد تفيد صورية العقد الأول[٣]، وللغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان هذا العقد في مصلحته ولا يجوز أن يحتج على المشترى بورقة غير مسجلة تفيد صورية عقد البائع له متى كان لا يعلم بصورية ذلك العقد.

ويرى الفقه الفرنسي[٤] أن وساطة شخص أو عدة أشخاص باتخاذهم مظهر خارجي بخلاف الواقع يتطلب تدخل ثلاثة أطراف على الأقل (المتعاقد والوسيط والمستفيد) ومن هنا نستطيع أن نستنتج أن شخصية الأطراف في التصرف الظاهر أو في العقد الخفي غير محل اعتبار طالما توافرت صورية التصرف.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية[٥] في أحد الطعون الذي طرح أمامها بأن «... للمتعاقد مع الطرف الظاهر في العقد الظاهر الحق في مقاضاة المستفيد من العقد الخفي في حال إثباته وجود اتفاق خفي بين المتعاقد معه والمستفيد...».

وهذا الحكم بلا شك قد سلط الضوء على ورقة الضد بالرغم من أن المحكمة

---

١) راجع في ذلك: نقض مدني جلسة ١٩٤٩/١٢/١ م.ن.م. السنة ١ صـ٤٨.

٢) راجع في ذلك: نقض مدني جلسة ١٢/١/ ١٩٤٩ م.ن.م. السنة ٢ صـ١٢٠٠

٣) راجع في ذلك: نقض مدني جلسة ١٩٤٩/١٢/١ م.ن.م. السنة ٢ صـ١٢٠٠.

4) PH. Malaurie et L. Aynés, les obligations, cujas, 10 éd, 1999, n° 624; M. Dagot, la simulation en droit privé LGDJ 1967 n° 69; F. Terré, ph. Simler et y. lequette, les obligations, D. 7 éd. 1999, n° 516.

5) Cass. Civ. Ire, 28 nov. 2000, RTD. Civ. P. 134, 135; civ. Ire, 19 juin 1984, Bull. Civ. I, no 205; com. 26 avr. 1982, D. 1986, 233, note D.Rambure; civ. Ire, 17 nov. 1999. contrats, conc. Consom. 2000, n° 42, note L, leveneur; civ. 3e, 8 juill 1992, RTD Civ 1993, 352.

قد ركزت اهتمامها على العقد الظاهر والعقد الخفي حيث قالت المحكمة بـأن «.... مصطلح ورقة الضد يفترض وجود اتفاقان أحدهما ظاهر والآخر خفي والعقد الخفي يهدف إلى تعديل أو إلغاء شروط العقد بواسطة ذات الأطراف...».

وعلى ذلك فالصورية النسبية(١) بطريق الاسم المستعار(٢) أو الصورية من خلال استعارة الاسم هى أن يوجد اتفاق بين طرفى التصرف المراد إبرامه، على أن يستعير أحدهما اسم شخص من الأغيار يظهر فى العقد بدلاً منه بحيث يبدو صاحب الاسم المستعار أمام الناس كما لو كان هو الطرف الحقيقى فى العقد، فى حين أنه ليس إلا مجرد ساتر لمستعير الاسم أى أن دوره ينحصر فى التوقيع على العقد فقط وبذلك فإن دوره دور مادى وليس دوراً قانونياً.

وعلى ذلك فإن صاحب الاسم المستعار لم يساهم بإرادته فى إبرام العقد ومن ثم فإنه لا يعد طرفاً فى العلاقة التعاقدية بالمعنى المفهوم لذلك، فصاحب الاسم المستعار وإن كان يبدو فى الظاهر أنه يساهم بإرادته فى عملية تكوين العقد إلا أن حقيقة الأمر أن إرادة المستعير للاسم هى التى تساهم فى هذا التكوين، وبمعنى آخر

---

١) للصورية النسبية صورتان أخريان هما: الصورية بطريق التستر وهى تتناول نوع العقد لا وجود له كبيع يستر هبه، والصورية بطريق المضادة وهى تتناول ركناً أو شرطاً فى العقد كالثمن أو التاريخ، والصورية بصفة عامة إما أن تكون صورية نسبية أو صورية مطلقة وهذه الأخيرة تكون عندما تتناول الصورية وجود العقد ذاته فيكون العقد الظاهر إنما هو عقد صورى لا وجود له فى الحقيقة – راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهورى- الوسيط جـ٢- المجلد الثانى- الطبعة الثانية- صـ١٣٩٢ ونقض مدنى- الطعن رقم ٨١٣٧ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠٢/٥/٢٨ (حكم غير منشور)، الطعن رقم ٢٩ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٢/١١/١١ (حكم غير منشور)، الطعن رقم ١٨٦٧ لسنة ٧٣ق جلسة ٢٠٠٤/٧/١٤ (حكم غير منشور).

2) Demolombe, Traité des contrats, l. xx1x, 1876, n° 314; Du prête – nom thése caen. *1898, n° 83; G.Marty et P. Raynand*, les obligations, t.l. les sources, 2e éd., sirey, 1988, n° 300; P. voirin et G. Goubeaux, droit civil. T. 1, 27e éd., LGDJ, 1999, n° 861; M. Dagot, la simulation en droit privé, LGDJ, 1967, n° 116 et S.; F. Leduc, le prête – nom: RTD Civ. 1999, P. 283; A. Bénabent, les obligations, 7e éd., 1999, n° 288; J. carbonnier, les obligations, 22e éd., PUF, 2000, *n° 84; F.collard* – Dutilleul et ph. Delebecque, contrats civils et commerciaux, 4e éd, D. 1998, n° 661; J. Flour, J-L Aubert et E. Savaux, les obligations, t. 1, 9e éd., Amand colin, 2000 note 4ss. N° 429; J. Ghestin et M. Billian, les effects du contrat, 3e éd., LGDJ, 2001, n° 872; cass. Ire civ., 28 mars 2000: JCPG 2000, 11, 10296; D. 2000, P. 482, note S. piédeliévre; *D. affaires 2000, p. 240; Defrénois 2000,* p. 720, obs. J-L. Aubert.

إن دور الاسم المستعار يكون بمثابة همزة الوصل بين العاقدين الحقيقيين فلا عمل له سوى أن يضع اسمه في العقد المراد إبرامه دون أن يشترك في أسسه أو في بنوده أو شروطه.

وعلى ذلك فإن صاحب الاسم المستعار لا يكتسب صفة الطرف بالمفهوم الشكلي لأن هذا المفهوم لا يستمد من مجرد التوقيع على العقد والذي لا يعدو أن يكون عملاً مادياً بحتاً، بل يستمد من المساهمة الفعلية في تكوين العقد أي أن الاسم المستعار لابد وأن يساهم مساهمة إيجابية وفعالة في تكوين العقد من حيث التفاوض على أسس العقد والاتفاق على شروطه وبنوده التي سوف يتضمنها العقد عند إبرامه، والتي سوف تحكم العلاقة بين العاقدين وتنظمها.

ولهذا لا يمكن اعتبار التعاقد بطريق الوكالة بالتسخير أحد تطبيقات الصورية النسبية التي ترد على الاسم، لأنه في التعاقد بالوكالة بالتسخير يساهم الوكيل المسخر- لا الموكل المسخر- بإرادته في تكوين العقد، وحتى في الفرض الذي يتصرف فيه الوكيل المسخر وفقاً لتعليمات معينة من موكله - كما لو حدد هذا الأخير للوكيل المسخر حداً أقصى للشراء - فإن إرادة الوكيل المسخر يكون لها الدور الفعال والإيجابي في تكوين العقد مع الغير(١).

أضف إلى ذلك أن من جوهر فكرة الصورية التعارض بين العقدين الظاهر والمستتر(٢) بحيث يستحيل تنفيذ هذين العقدين معاً وفي نفس الوقت وهو ما لا يتحقق في التعاقد باسم مسخر، حيث لا يوجد تعارض بين عقد الوكالة بالتسخير والعقد الذي يبرمه الوكيل المسخر مع الغير بل على العكس يوجد تكامل بين هذا وذاك.

وأكثر ما تكون الصورية من خلال استعارة الاسم في التحايل على حالات

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد- المرجع السابق- صـ٢٥٣ وما بعدها.

2) Planiol et Ripert, traité de droit civil, t. 7, obligations, par Radouant, n° 1258; Droit civil, t. 2, 3e éd, par H. Roland et L. Boyer, litec, 1991; Ripert et Roblot, Traité de droit commercial, LGDJ, t-1, n° 529; B. Beignier, note sous CA limoges, 10 mai 1993, D. 1994, Jur. P. 161; 1re civ. 7 Juin 1995, D. 1995, Jur. P. 56; Cass. 1re civ., 5 mai 1993, Bull. Civ. I, n° 157; Cass. com, 18 janv. 1994, Defrénois 1994, N° 67, P. 808; un article dans JCP,. 11 juin 2004, N° 24, 1269 par Michel Dagot.

عدم الأهلية الخاصة التى ينص عليها فى العلاقة بين شخصين محددين، حيث يتفق طرفا التصرف على أن يتعاقد أحدهما مع الآخر باسم شخص من الأغيار بغـرض إخفاء أمرهما من أنهما يتعاقدان معاً مباشرة.

ومن تطبيقات الصورية من خلال استعارة الاسم فى القانون المـصرى، أن يشترى شخص أرضاً باسم ابنته ويكون قصده من استعارة اسم ابنته فـى الـشراء باسمها، أن يتفادى – لو أنه اشترى الأرض باسمه – أن يرثه غير ابنته من أقارب لأنه ليس له أولاد ذكور أو أن يتفادى بذلك ضريبة التركات إذا ما انتقلـت الأرض بالميراث إلى ورثته، أو أن يتفادى أحكام قانون الإصلاح الزراعى التى تضع حـداً أقصى لملكية الفرد أو أن يتفادى ضريبة الإيراد العام ومن أجل ذلك يقوم بـشراء الأرض باسم ابنته ولا يشتريها باسمه حتى لا يزيد إيراده الشخصى فتزيد الضريبة على هذا الإيراد، ومن ذلك أيضاً أن يستأجر شخص مسكناً باسم ابنه، ويتفق مـع المؤجر على ذلك حتى يتفادى بذلك أحكام القانون الواردة فى القـوانين ٤٩ لـسنة ١٩٧٧، ١٣٦ لسنة ١٩٨١ بشأن بيع وتأجير الأماكن والخاصة بحظـر اسـتئجار الشخص أكثر من مسكن واحد فى مدينة واحدة وقد ألغى هذا النص وحتى لا يقـع تحت طائلة القانون الذى يحظر ذلك فإنه يلجأ إلى استئجار المسكن باسم ابنه حـال كونه يستأجر مسكناً وبذلك يتفادى الحظر الوارد بالقوانين سالفة الذكر.

ومثال ذلك أيضاً أن يزمع أحد الصيادلة الذى يمتلك صيدلية باسمه الشخصى فى افتتاح صيدلية أخرى حتى يوسع فى دائرة نشاطه المهنى، فيتفق مع زميل له لا يمتلك صيدلية أن يفتتح هذه الصيدلية باسمه وبذلك يستطيع ممارسة نشاطه فى هذه الصيدلية باسم زميله الذى يظل طبقاً لأحكام قانون تنظيم مهنة الصيدلة هو صاحب النشاط الفعلى فى حين أنه ليس كذلك، وبذلك يستطيع أن يتفادى الحظر الوارد فـى قانون تنظيم مهنة الصيدلة الصادر بالقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٥٥ التى تحظر على الصيدلى أن يتملك أكثر من صيدلية واحدة.

ومن تطبيقات الصورية من خلال استعارة الاسم فى القـانون الفرنـسى أن يتلقى الطبيب من مريضه هبة باسم مستعار، ويكون قـصده (أى الطبيـب) مـن استعارة الاسم أن يتفادى – لو أنه تلقى الهبة باسمه شخصياً – بطلان الهبة طبقـاً

للمادة ٩٠٩ مدنى فرنسى التى تقضى بعدم أهلية الطبيب فى تلقـى أى هبـة مـن مريضه أثناء مرض موته فهنا لا يتصور تكوين عقد الهبة من خلال فكرة الصورية النسبية بطريق الاسم المستعار إلا إذا وافق المريض (وهو الواهـب) علـى ذلـك وعندئذ يحصل الطبيب من الواهب على ورقة ضد تفيد بأنـه (أى الطبيـب) هـو الموهوب له الحقيقى[1].

ويتضح من هذه الأمثلة أن ثمة تصرفين مختلفـين مـن حيـث شخـصية الأطراف فيهما أحد التصرفين ظاهر والآخر خفى، أما التصرف الظاهر فطرفـاه الاسم المستعار والغير المتعاقد معه، وأما التصرف الخفى فطرفاه العاقدان الحقيقيان للتصرف، وهما المستعير للاسم والغير.

وواضح أيضاً أن إرادة الاسم المستعار ليس لها أى دور فى تكـوين العقـد فهذه الإرادة وإن كانت تبدو فى الظاهر أنها تساهم فى عملية تكوين العقـد، إلا أن حقيقة الأمر أن إرادة المستعير للاسم هى التى تساهم فى هذا التشييد وبالتالى فـإن دور الاسم المستعار يقتصر على المشاركة المادية فقط وهى أن يوقع علـى العقـد المزمع إبرامه دون أن يشترك فى وضع أسسه أو بنوده أو شروطه.

ويرى بعض الفقه[2] أن معيار التفرقة بين الصورية من خلال استعارة الاسم والتعاقد بطريق التسخير يكمن فى الإرادة التى ساهمت بالفعل وبطريقة إيجابية فى تكوين العقد المبرم بين الوكيل المسخر والغير، فإذا كانت إرادة المستعير للاسم هى التى ساهمت فى تكوين العقد بالفعل واقتصر دور الوكيل المسخر علـى مجـرد التوقيع على العقد – الدور المادى – فإن هذا التصرف يمكن تكييفـه علـى أنـه صورية نسبية بطريق الاسم المستعار، أما إذا كانت إرادة الوكيل المسخر لها الدور الفعال والإيجابى فى تكوين العقد فإنه يتم تكييف هذا التصرف على أنه تعاقد بطريق التسخير بغض النظر عما إذا كان المتعاقد مع الوكيل المسخر يعلم حقيقة أو حكمـاً باتفاق التسخير وبغض النظر فى حالة العلم عن مصدر هذا العلم ونحن نؤيد هـذا الرأى الذي انتهى إليه الفقه في هذا الصدد.

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد العزيز المرسى حمود:- المرجع السابق صـ٣٠، ٣١.
٢) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد- المرجع السابق صـ٢٥٢.

وبناء على ذلك إذا ما ساهم الوكيل المسخر بإرادته - بطريق مباشر أو غير مباشر - في العلم بصفته، فالوكالة تعتبر مكشوفة بالنسبة لمن ساهم معه في تشييد العقد وتخضع لحكم المادة ١٠٥ مدني، لأننا نكون بصدد تطابق بين التعبير عن الإرادة ومحتوى القصد بشأن الصفة في التعامل ويعتبر هذا الأخير قد تم باسم الموكل[1].

وعلى ذلك فإن ما يذهب إليه جانب من الفقه والقضاء إلى أن الوكالة بالتسخير تعد أحد تطبيقات الصورية النسبية التي ترد على الاسم[2] فيه هدم للصورية من الناحية الفنية والقانونية، لأن صاحب الاسم المستعار لا يعدو أن يكون مجرد أداة تستخدم في تكوين العقد، وبالتالي لا يشارك بإرادته مشاركة فعلية وواقعية في إبرام العقد، نظراً لأن دوره الرئيسي ينحصر في التوقيع باسمه الشخصي على العقد وهو ما لا يتحقق في الصورية من خلال استعارة الاسم ذلك لأن الاسم المستعار لا يعلم به الغير المتعاقد مع المستعير للاسم، لأن دوره يقتصر في التوقيع على العقد المتضمن التصرف المطلوب إجراءه، وبالتالي فإن الغير لا يعرفه بالمرة كما أنه ليس هناك اتفاق بين المستعير للاسم والغير على أن يستعير الأول الاسم المستعار في هذا التصرف.

إذا كان هناك تشابه بين الصورية من خلال استعارة الاسم والوكالة بالتسخير لأن كلتيهما تنصب على الصفة في التعاقد، إلا أن الصورية من خلال استعارة الاسم تقتضي وجود اتفاق بين طرفي العقد على أن يستعير أحدهما اسم شخص من الأغيار بحيث يظهر هذا الأخير أمام الناس على أنه الطرف الحقيقي في العقد، وأن ذمته المالية هي التي سوف تتأثر بثمار العقد في حين أنه ليس كذلك، ومعنى ذلك أن الصورية التي ترد على الاسم لها مفهوم قانوني محدد لأنها تنصب على الصفة في التعاقد وأنها تقتضي وجود اتفاقين مستقلين: أحدهما يتم تكوينه بين

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد - المرجع السابق ص٢٥٣.

٢) راجع في ذلك: دكتور/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل- المرجع السابق ص٢٦٤، نقض مدني جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤-الطعن رقم ٦٤٨ لسنة ٤٩ق، الطعنان رقما ٢٤٣٧، ٢٤٦٦ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٣/٥/٣.

صاحب الاسم المستعار والمستعير للاسم، وأن إرادة كل منهما يكون لها دور فعال وإيجابى فى عملية تكوين العقد. وثانيهما بين الشخص الذى يستعير الاسم وأحد الأغيار وتبدو أهمية هذا الاتفاق، متى كان المستعير للاسم يبغى شراء شيء معين بنظام التقسيط ففى هذه الحالة لا يمكن تكوين عقد البيع من خلال فكرة الصورية إلا إذا وافق البائع على ذلك وحينئذ يحصل هذا الأخير على ورقة ضد تضمن له حقه فى الحصول على الأقساط من المشترى الحقيقى من خلال الرجوع عليه.

وفى ذلك قضت محكمة النقض[1] فى أحد الطعون الذى طرح أمامها بأن «... ذلك أن الصورية المطلقة تتناول وجود التصرف ذاته ولا تخفى تصرفاً آخر، ومن شأنها إن صحت أن ينعدم بها وجود العقد فى الحقيقة والواقع. أما الصورية النسبية بطريق التستر فإنها تتناول نوع التصرف لا وجود له والدفع بها يستهدف إعمال آثار العقد الحقيقى المستتر دون آثار العقد الظاهر، ومن ثم فإنهما تختلفان أساساً وحكماً. لما كان ذلك وكان الثابت فى الأوراق – وحصله الحكم المطعون فيه – أن الطاعنة تمسكت أمام محكمة الاستئناف بأن العقد المؤرخ ١٩٨٩/١٢/١٥ المبرم بينها وبين المطعون ضده هو فى حقيقته عقد إيجار لوحدة سكنية خالية وليس عقد بيع لهذه الوحدة وبأن المطعون ضده ستره فى صورة عقد بيع لإخفاء تحايله على أحكام قانون إيجار الأماكن إذ تقاضى منها مبالغ خارج نطاق العقد ...».

وجدير بالذكر أن صاحب الاسم المستعار لا يكون له دور فى إبرام العقد كما سبق القول، فإرادته وإن كانت تبدو من حيث الظاهر أنها تساهم فى عملية التكوين إلا ان حقيقة الأمر خلاف ذلك، لأن واقع الأمر أن إرادة مستعير الاسم هى التى تساهم فى عملية تكوين العقد ومن ثم فإن هذه الإرادة هى التى تكون محل اعتبار فيما يتعلق بعيوب التراضى وأثر العلم أو الجهل ببعض الظروف الخاصة.

وإذا كان صاحب الاسم المستعار يقوم بالتوقيع على العقد باسمه الشخصى وقد يساهم – فى بعض الأحوال – فى نقل التعبير من مستعير الاسم إلى الغير الذى

---

١) راجع فى ذلك: نقض مدنى- الطعن رقم ٨١٣٧ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠٢/٥/٢٨، الطعن رقم ٢٩ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٢/١١/١١، الطعن رقم ١٨٦٧ لسنة ٧٣ق جلسة ٢٠٠٤/٧/١٤ (أحكام غير منشورة).

يشارك معه فى تكوين العقد، وبالرغم من ذلك فإنه لا يعدو أن يكون – فـى هـذه الحالة – رسولاً أو ناقلاً للتعبير، ومن ثم فإنه لا يكتسب – فى حقيقة الأمر – صفة الطرف بالمفهوم الشكلى لأن هذا المفهوم لا يستمد من عملية التوقيع علـى العقـد والتى لا تعدو أن تكون عملاً مادياً بحتاً، بل إنه يرتبط بعملية المشاركة الفعلية فى إبرام العقد، بمعنى أنه يتطلب وجود دور للقصد – من خلال التعبير – فى عمليـة البناء وهذا يحول دون اعتبار التعاقد بطريق التسخير أحد تطبيقات الصورية النسبية التى ترد على الاسم، لأن الوكيل المسخر يساهم بإرادته مع الأغيار فى إبرام العقد وعلى ذلك أجمع الفقه والقضاء[1].

ولقد استقر الفقه والقضاء على أن الإرادة تتميز بأنها تنشئ الأثر القـانونى ليس فى حق صاحبها فحسب، كما هى القاعدة ولكن فى حق شـخص آخـر هـو الموكل ومن ثم فإنه يعتد – كأصل عام – بإرادة الوكيل[2] وليس بإرادة هذا الأخير فيما يتعلق بعيوب التراضى، وأثر العلم أو الجهل ببعض ظروف التعاقد الخاصـة، وهذا ما اعترف به المشرع صراحة حيث أحال بشأن آثار العقد الذى يتم من خلال فكرة الوكالة العادية إلى النيابة فى التعاقد دون أن يفرق فـى ذلـك بـين الوكالـة

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل- المرجع السـابق صـ١٣٩، ١٤٠، دكتـور/ حمدى عبد الرحمن- المرجع السابق صـ١٦٤، دكتور/ عبد الحى حجـازى- المرجـع السـابق صـ٧٥٩، دكتور/ محمد شكرى سرور- موجز الأحكام العامة للالتزام ١٩٨٥- الطبعة الأولـى- دار الفكر العربى- صـ١١٩، ١٢٠، نقض مدنى جلسة ١٩٩١/٥/٢٢ الطعن رقم ٢١٥٠ لـسنة ٥١ق، الطعن رقم ٤٨٦٤ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٥/٣/١٣، الطعن رقم ٥٥٧٦ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٧/١١/١.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ جمال مرسى بدر- الرسالة السابقة- صـ٨ وما بعدها، دكتور/ حمدى عبد الرحمن- المرجع السابق- صـ١٦٠، ١٦١، دكتور/ سليمان مرقص- المرجع السابق صـ٢٣٠، ٢٣١، دكتور/ سمير عبد السيد تناغو - المبادئ الأساسية فى نظرية الالتزام- مصادر الالتـزام- منشأة المعارف بالإسكندرية(*) صـ١١٦، ١١٧، ١١٨، دكتور/ عبد الحى حجـازى- المرجـع السابق- صـ٧٥١، دكتور/ عبد الرزاق السنهورى- نظرية العقد (مشار إليه سابقاً) صـ٢١٢، ٢١٣، ٢١٤، دكتور/ عبد الفتاح عبد الباقى- المرجع السابق صـ٢٠٠-٢٠٣، دكتور/ مـصطفى الجمال- المرجع السابق صـ٢٧٨، ٢٧٩، ٢٨٠، نقض مدنى ١٩٨٩/٥/٣١- الطعن رقم ١١٥٥ لسنة ٥٤ق، الطعن رقم ٢١٥٠ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٢، الطعن رقم ٤٨٦٤ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٥/٣/١٣.

المكشوفة والمستترة والتي من بينها الوكالة بالتسخير، وبمطالعة هذا النص الذي تمت الإحالة إليه نجد أن عباراته جاءت عامة مما يستوجب صرف حكمه إلى الوكالة المكشوفة والمستترة، فقد ورد في نص المادة ١٠٤ مدني أنه «إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل اعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما...».

وبناء على ذلك فالوكيل المسخر يكتسب صفة الطرف بالمفهوم الشكلي وذلك يحول دون القول بالصورية التي ترد على الاسم في العقد الذي يساهم الوكيل المسخر في إبرامه مع أحد الأغيار لأن إرادة الوكيل المسخر وليست إرادة الموكل هي التي تشارك في إبرام العقد(١).

ومن الجدير بالذكر أن الصورية من خلال استعارة الاسم تكون دوماً وليدة اتفاق وتدبير بين أطرافها ويمكن القول بتحققها متى توافرت الشروط الآتية:

الأول: أن يوجد عقد استعارة اسم يبرم بين أحد أطراف التعاقد وأحد الأغيار على أن يستعير الأول اسم الأخير في إبرام عقد معين.

الثاني: أن يوجد عقدان آخران تتحد فيهما الماهية والأركان والشروط والموضوع ولا يختلفان إلا من حيث شخص أحد المتعاقدين، وهما العقد المبرم بين المستعير للاسم والمتعاقد الآخر، والثاني العقد المبرم بين الاسم المستعار والمتعاقد الآخر.

الثالث: أن يكون هذان العقدان متعاصرين فيصدران معاً في وقت واحد، ويكفي هنا المعاصرة الذهنية أي المعاصرة التي انعقد عليها قصد المتعاقدين ولا يلزم المعاصرة المادية.

الرابع: أن يكون أحد هذين العقدين ظاهراً، وهو العقد الصوري ويكون الآخر مستتراً وهو العقد الحقيقي...(٢).

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد – المرجع السابق ص٢٤٩.

٢) راجع في ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهوري- الوسيط جـ٧ صـ١٣٩٦، ١٣٩٧.

ويقول العلامة السنهورى بصدد تحديد منطقة الصورية ومجالها عموماً «وأكثر ما تكون الصورية فى العقود ولكن هذا لا يمنع من أن تكون فى التصرف القانونى الصادر من جانب واحد بشرط أن يكون هذا التصرف موجهاً «إلى شخصاً» معين ... وكما تكون الصورية فى العقود والتصرفات يصح أيضاً أن تكون فى الأحكام»(١).

إلا أننا نرى أنه فى خصوص الصورية من خلال استعارة الاسم فإنه من المتعذر تصورها فى مجال الأحكام، وعلى ذلك فإن مجال الصورية ينحصر فى العقود وكذلك فى التصرف القانونى الصادر من جانب واحد شريطة أن يكون هذا التصرف موجهاً إلى شخص معين، كما هو الحال فى القانون الفرنسى حيث يحظر على الطبيب أن يتلقى هبة من مريضه مباشرة فيلجأ الطبيب فى سبيل ذلك إلى استعارة اسم أحد الأغيار، لتلقى هذه الهبة باسمه (أى الاسم المستعار) وذلك تفادياً للحكم بالبطلان على هذا التصرف فيما لو تلقى هذه الهبة مباشرة باسمه وذلك إعمالاً للمادة ٩٠٩ مدنى فرنسى.

إن التعاقد بطريق الصورية من خلال استعارة الاسم ليس مقصوداً لذاته وإنما يكون الغرض من هذا التعاقد هو التغلب على مانع قانونى أو أدبى لدى مستعير الاسم يحول دون ظهوره بمظهر المتعاقد الحقيقى مع الطرف الآخر، ولكن لا يوجد بالطبع اعتبار شخصى يحول دون تعاقد المستعير للاسم مع المتعاقد الآخر لأن العملية برمتها تكون وليدة اتفاق وتدبير بين الأطراف الثلاثة.

ومن أمثلة الموانع القانونية:

١- الشفعة باعتبارها سبباً من أسباب كسب الملكية فإنه فى حالة التزاحم بين شفعاء من طبيعة واحدة فإنه وفقاً لنص المادة ٩٣٧ مدنى يفضل المشترى لو كان شفيعاً.

٢- حدد المشرع بموجب المادة الأولى من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ الحد الأقصى الذى لا يجوز أن تتجاوزه ملكية الفرد من الأراضى الزراعية

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهورى- الوسيط جـ٧ صـ١٤٠٠، ١٤٠١.

والأرضى البور بمقدار خمسين فداناً، وكذلك ملكية الأسرة منها بمقدار مائة فدان، كما وضع المشرع بموجب القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون ٥٥ لسنة ١٩٨٨ تنظيماً خاصاً للحد الأقصى للملكية فى الأراضى الصحراوية[١] وقد يرغب أحد الأفراد فى تملك أراضى تزيد عن الحد الأقصى المقرر له قانوناً، فيلجأ فى سبيل تحقيق هذه الرغبة إلى تسخير شخص غيره ليوقع بدلاً منه على عقد التملك لما يجاوز الحد الأقصى فى حين يكون مستعير الاسم هو المالك الحقيقى للأرض والمستغل لها.

٣- ما نصت عليه المادتان ٤٧١، ٤٧٢ مدنى فى شأن حظر بيع الحقوق المتنازع عليها لعمال القضاء، فقد يحاول أحد الأشخاص المخاطبين بأحكام هاتين المادتين الخروج من دائرة الحظر الذى تفرضه عن طريق تسخير شخص من الغير وبالاتفاق مع الطرف الثالث المتعاقد مع المعير اسمه.

٤- ما نصت عليه المادتان ٤٧٩، ٤٨٠ مدنى بشأن حظر بيع النائب لنفسه فقد يعمد النائب إلى شراء ما نيط به بيعه، وكذلك قد يفعل السمسار أو الخبير فيما يعهد إليهم من أموال لبيعها أو لتقدير قيمتها، وتكون وسيلتهم للتغلب على ما يفرضه المشرع من حظر هو أن يشتروا هذه الحقوق من خلال اسم مستعار.

ومن أمثلة الموانع الأدبية:

وقد توجد موانع أدبية لدى المستعير للاسم تحول دون ظهوره بمظهر المتعاقد الحقيقى مع الطرف الآخر وهو المتعاقد مع الاسم المستعار، والتى كان التغلب عليها هو الغرض من اللجوء إلى الصورية بالتسخير فإنها لا تقع تحت حصر، ولكنها دوماً تتعلق بطائفة الأغيار ممن يخشى المستعير للاسم من معرفتهم بحقيقة الأمر لما بينه وبينهم من روابط، وقد تكون روابط أسرية أو رابطة دائنية أو غيرها من روابط العمل والمنافسة.

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ مجدى حسن خليل - القانون الزراعى- ١٩٩٧ □ صـ٤٩، ٥٠، ٥٤.

ومن أمثلة الروابط الأسرية التى تشكل مانعاً أدبياً أن يكون لشخص مبلغ من المال طرف آخر يمت له بصلة قرابة ويرغب فى اقتضاء حقه، ولكن نظراً لرابطة القرابة التى تشكل مانعاً أدبياً يحول دون مطالبته فيلجأ فى سبيل ذلك إلى عقد حوالة حق مع أحد الأغيار إعمالاً للمادة ٣٠٣ مدنى، والتى بموجبها يستطيع اقتضاء هذا الحق دون أن يظهر هو فى الحقيقة على أنه صاحب الحق ونفس الحال فى رابطة الدائنية، فمثلاً إذا كان (أ) و (ج) شخصين كل منهما دائن ومدين للآخر فيمكن لأحدهما وليكن (أ) أن يحول حقه فى ذمة آخر وليكن (ب) كمسخر ليتفادى بذلك دفع (ج) بالمقاصة، ومثال رابطة العمل أن يكون (أ) صاحباً لحق متنازع فيه، ونظراً لأنه لا يرغب فى الظهر باسمه فى المنازعات القضائية لأن ذلك سوف يؤثر عليه سلباً، فإنه يسخر آخر وليكن (ب) لكى يتولى اتخاذ الإجراءات القانونية باسمه، ومن أمثلة المنافسة التى تعد أحد الموانع الأدبية بأن يكون (أ) بائعاً لمحل تجارى للمشترى (ج) وبالتالى يكون ملتزماً قبله بشرط عدم المنافسة إلا أنه لا يكون مخلاً بالتزامه إذا هو سخر شخصاً آخر وليكن (ب) فى شراء وافتتاح محلٍ تجاريٍ آخر ينافس المحل الأول دون أن يبرز وكالته ودون أن يعلم المتعاقد معه بها.

وبالتالى فإن التغلب على المانع القانونى أو الأدبى ليس مقصوداً لذاته كغرض للصورية من خلال استعارة الاسم، وإنما المصلحة المادية والأدبية التى تعود على أطراف الصورية بالتسخير من وراء التغلب على هذا المانع هو الهدف والمراد الحقيقى، ولاسيما بالنسبة لمستعير الاسم باعتباره محور العملية من الوجهتين القانونية والاقتصادية، ويأتى فى المرتبة الثانية المتعاقد مع المستعير للاسم، وأخيراً بالنسبة لصاحب الاسم المستعار بحسب ما إذا كانت إعارته لاسمه بمقابل أو بدون[1].

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ أحمد مرزوق - الرسالة السابقة صـ ٤٠.

طرق التعاقد من خلال استعارة الاسم

الطريقة الأولى: وهى أن يُظهر الموكل الاسم المستعار أمـــام الغيــر بأنـــه صاحب الحق، وذلك بأن ينقل إليه صورياً ملكية عقار أو منقــول معنــوى مــثلاً بطريق البيع الصوري أو الهبة الصورية[١] أو بأي طريق آخر من طرق اكتـساب الملكية مع تسجيل عقد البيع إن كان عقاراً، أو إعلان المدين أو أخذ قبوله بحوالـــة الحق طبقاً لنص المادة ٣٠٥ من القانون المدني إن كان منقولاً معنوياً، ثـــم يأخــذ الموكل على صاحب الاسم المستعار ورقة الضد بأن الموكل لا يزال هــو المالــك الحقيقي، وأن الاسم المستعار لم يكن سوى وكيل ثم يعينـــان فـــي ورقـــة الــضد التصرفات التي يعهد للاسم المستعار القيام بها مع الغير بالنسبة للعقــار أو الحــق الشخصي، وهذه الطريقة هي المعروفة بالصورية من خلال استعارة الاسم[٢].

وجدير بالذكر أن صاحب الاسم المستعار يبدو أمام الناس كما لو كان هــو الطرف الحقيقي في التعاقد وأن ذمته المالية هي التي سوف تتأثر - إيجاباً أو سـلباً - بآثار التعاقد في حين أنه ليس إلا مجرد ساتر لمستعير الاسم أو مجرد واجهـــة. وأكثر ما تكون الصورية النسبية بطريق الاسم المستعار هو للتحايل على حـــالات عدم الأهلية الخاصة التي ينص عليها في العلاقة بين شخصين محددين، حيث يتفق

1) Mazeaud t. 2 par chabas, n° 826; starck, Roland et Boyer, obligations, n° 948; Dagot, la simulation en droit privé, n° 275 et S.; Méau – lautour, la donation déguisée en droit Francais, n° 291; Ghestin, Rép. Civ. D. V° simulation, n° 70 et S.; Traité de droit civil, les effets du contrat, n° 550 et S.; Planiol et Ripert, t- VI par Esmein, n° 345; cass. civ. l[re], 23 mars 1994, Bull. Civ. l, n° 113, P. 84, D. 1994. IR. 98, JCP 1994. IV 1408 (RTD. Octobre – décembre 1994, P. 920-921-922-923); Mazeaud, t. 4 par A, Breton, n° 1325-1326; Marty et Raynaud, successions et libéralités, n° 293-299; terre et lequette, successions et libéralités, n° 247-253; cass. civ. 24 nov. 1987. JCP, 1989, 11. 21214, note testu; civ. l[re], 16 juin 1989, Bull. Civ. 1, n° 236, p. 157 (RTD juillet – septembre 1989).

٢) راجع في ذلك: دكتور/ أحمد مرزوق - المرجع السابق بند ١٨٣ صـــ٢٧١، دكتور/ إسماعيل غانم - المرجع السابق صـــ١٩٤ وما بعدها، المستشار/ أنور العمروسي - المرجع السابق صــــ١١، دكتور/ سليمان مرقص - أحكام الالتزام (مشار إليه سابقاً) صـــ٢٥٢، دكتــور/ عبـد الــرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - أحكام الالتزام (مشار إليه سابقاً) صــ١٠٧٣ وما بعدها.

طرفا التصرف على أن يتعاقد أحدهما مع الآخر باسم شخص من الغير بغرض إخفاء أمرهما من إنهما يتعاقدان معاً مباشرة.

ومن تطبيقات ذلك في القانون المصري أن يشترى شخص أرضاً باسم ابنته ويكون قصده من استعارة اسم ابنته في الشراء باسمها، أن يتفادى بذلك – لو أنه اشترى الأرض باسمه – أن يرثه غير ابنته من أقارب لأنه ليس له أولاد ذكور، أو أن يتفادى ضريبة التركات إذا ما انتقلت الأرض بالميراث إلى ورثته أو أن يتفادى أحكام قانون الإصلاح الزراعي الذي يضع حداً أقصى لملكية الفرد أو أن يتفادى ضريبة الإيراد العام، فلا يشترى الأرض باسمه حتى لا يزيد إيراده الشخصي فتزيد الضريبة على هذا الإيراد[١].

وهنا أيضاً لا يتصور تكوين عقد البيع من خلال فكرة الصورية النسبية بطريق الاسم المستعار إلا إذا وافق البائع على ذلك، وعندئذ يحصل على ورقة ضد تضمن له الحصول على حقه من الأب (مستعير الاسم) خاصة إذا كان المركز المالي للابنة لا يسمح بالوفاء بالتزاماتها كمشترية.

ومن تطبيقات الصورية النسبية بطريق الاسم المستعار في القانون الفرنسي[٢] أن يتلقى الطبيب من مريضه هبة باسم مستعار ويكون قصده (أي الطبيب) من استعاره الاسم أن يتفادى – لو أنه تلقى الهبة باسمه شخصياً – بطلان الهبة طبقاً للمادة ٩٠٩ مدنى فرنسي التي تقضي بعدم أهلية الطبيب في تلقى أي هبة من مريضه أثناء مرض موته، فهنا لا يتصور تكوين عقد الهبة من خلال فكرة الصورية النسبية بطريق الاسم المستعار إلا إذا وافق المريض (وهو الواهب) على ذلك عندئذ يحصل الطبيب من الواهب على ورقة ضد تفيد بأنه (أي الطبيب) هو الموهوب له الحقيقي.

وواضح من هذين المثالين أن ثمة تصرفين مختلفين من حيث شخصية الأطراف فيهما أحد التصرفين ظاهر والآخر خفى. أما التصرف الظاهر فطرفاه

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهوري – الوسيط جـ٧ صـ٨٠٥ هامش ١.
٢) راجع في ذلك: دكتور/ عبد العزيز المرسي حمود – التعاقد باسم مستعار ١٩٩٨ صـ٣٠، ٣١.

الاسم المستعار والغير وأما التصرف الخفى فطرفاه العاقدان الحقيقيان للتصرف وهما مستعير الاسم والغير أي الواهب في المثال الأول والبائع في المثال الثاني.

الطريقة الثانية: وهي قريبة من الطريقة الأولى بأن يظهر الموكل الاسم المستعار أمام الغير أنه هو المالك الحقيقي وصاحب العمل وربه. مثال ذلك أن يشترى (أ) من (ب) عقاراً على أن لا يسجل عقد البيع أو حقاً معنوياً لا يعلنه للمدين أو يطلب منه قبوله طبقاً لنص المادة ٣٠٥ مدنى عند ذلك يُظهر (ب) وهو الاسم المستعار أمام الغير بأنه صاحب الحق ثم يأخذ الموكل على الاسم المستعار ورقة ضد بأن الموكل هو المالك وأن الاسم المستعار (ب) لم يكن سوى وكيل ثم يعينان في ورقة الضد التصرفات التي يمكن أن يقوم بها (ب) باسمه شخصياً مع الغير بالنسبة لهذا العقار أو هذا المنقول المعنوي.

الفرع الثانى

أوجه التشابه والتباين بين الوكالة بالتسخير والصورية من خلال استعارة الاسم

عرض وتقسيم:

سبق تعريف الوكالة بالتسخير بأنها عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين، ويسمى الوكيل المسخر بأن يتعاقد مع أحد الأغيار باسمه الشخصى، ولكن لحساب الطرف الآخر ويسمى الموكل أو الأصيل على أن تتصرف آثار هذا التصرف إلى ذمة الموكل بعد أن تمر بذمة الوكيل المسخر والذى يلتزم الأخير بنقلها إلى ذمة الأصيل بموجب عقد الوكالة المبرم بينهما[١].

ولاشك أن هذا النوع من الاتفاق يعد مشروعاً طالما أنه يستخدم فى أعمال مشروعة[٢]، فقد يرى الأصيل أن مصلحته الشخصية تتطلب عدم إظهار صفته الحقيقية أثناء التعاقد مع الأغيار، فيلجأ فى سبيل ذلك إلى أن يشترط فى عقد الوكالة أن يتعامل الوكيل مع الأغيار باسمه الشخصى، وفى هذه الحالة يسمى عقد الوكالة بعقد التسخير. ومعنى ذلك أن إخفاء الوكيل حقيقة صفته فى التعاقد – تنفيذاً لما تم الاتفاق عليه فى عقد الوكالة – ليس مقصوداً لذاته، ولكن من أجل إنتاج أثر قانونى محدد سواء فى علاقة الأصيل بالمتعاقد مع الوكيل المسخر[٣] أو بالأغيار[٤].

---

١) راجع فى ذلك: صـ٣١ من الرسالة.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهورى- الوسيط جـ٧ سابق الإشارة إليه صـ٨٠٤، دكتور/ محمد زكى عبد المتعال- البحث السابق صـ٥.

٣) من ذلك مثلاً أن يخفى الموكل فى الشراء اسمه على البائع ويسخر الوكيل للشراء باسمه لأنه يعلم أن البائع لو علم بالمشترى الحقيقى لطلب ثمناً أعلى طمعاً فيه أو لا يوافق على البيع بالمرة نكاية فيه (راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهورى- الوسيط جـ٧- صـ٨٠٤).

٤) والمجال الخصب لذلك فى البيوع التى تتم بطريق المزاد العلنى فالغالب أن يسخر المشترى فى المزاد وكيلاً عنه يتقدم إلى المزاد باسمه الشخصى وليس باسم الموكل لأنه يريد أن يخفى الصفقة عن الجمهور أو لأنه يخشى لو ظهر اسمه هو فى جلسة المزاد أن يتقدم مزايدون يزايدون عليه لعلمهم بحاجته إلى الصفقة فيدفعونه إلى تقديم عطاء أعلى (راجع دكتور/ عبد الرزاق السنهورى- الوسيط جـ٧- صـ٨٠٤).

والتسخير لغرض مشروع صحيح ولقد اعترف المشرع المصرى بشرعية التسخير وذلك على النحو التالى:

١- فقد أباح المشرع فى المادة ٤٤٤ من قانون المرافعات أن يستعير الأشخاص أسماء غيرهم فى الدخول فى مزايدات البيوع القضائية على أن يعلن الاسم المستعار عن ذلك خلال ثلاثة أيام من تاريخ المزايدة.

٢- وفى رسم الأيلولة على التركات افترض المشرع فى الفقرة الرابعة من المادة الرابعة (معدلة) من القانون ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ الخاص بفرض رسم الأيلولة على التركات، أن المورث يستعير فى التصرفات أسماء فروعه وزوجه وأزواج فروعه واعتبر هؤلاء أسماء مستعارة.

٣- وفى مجال حماية حق التأليف أباح المشرع بالمادة ٢٨ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٧٤ الخاص بحماية حق المؤلف أن يستعين المؤلف باسم مستعار يضعه على مؤلفه بحيث يظهر باعتباره المالك الظاهر للمصنف.

والتعاقد بطريق التسخير على عمل شيء باسم المُسَخِّر ولحساب المُسخر ومن غير أن يظهر اسم هذا الأخير فى هذا العمل مع الغير المتعاقد مع الوكيل المسخر هو تعاقد صحيح قانوناً لعدم مخالفته للقانون ولا للنظام العام(١).

ومن المستقر عليه فقهاً وقضاء(٢) أن عقد التسخير هو عقد وكالة ولكنها وكالة مستترة، لأن الوسيط يعمل كاسم مستعار لموكله، والوكالة مستترة تماماً طالما ظلت فى طى الكتمان إذ لا يوجد ما يشعر الغير أن الاسم المستعار يعمل لحساب آخر.

ومتى أصبح شخص اسماً مستعاراً لآخر فإنه يكون فى علاقاته بهذا الأخير وكيلاً عنه وهو فى الحقيقة ليس إلا كذلك، وحينئذ تنطبق قواعد الوكالة، وأهمها أن

---

١) راجع فى ذلك: حكم محكمة استئناف مصر بتاريخ ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ حمدى عبد الرحمن- المرجع السابق صـ١٧٠، دكتور/ عبد الرزاق السنهورى- الوسيط جـ٧ المجلد الأول- الطبعة الثانية صـ٨٠٥، دكتور/ محمد زكى عبدالمتعال- البحث السابق صـ٧ ومن أحكام القضاء: نقض مدنى- الطعنان رقما ٢٤٣٧، ٢٤٦٦ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٣/٥/٣، الطعن رقم ٦٤ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٢١، الطعن رقم ٤٨٦٤ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٥/٣/١٣، الطعن رقم ٥٥٧٦ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٧/١١/١.

الوكيل لا يجوز له الاحتفاظ بالأموال التى حصل عليها ولا بالمبالغ التى حصلها فهو محاسب كما أنه وكيل[١].

وعندما يتعاقد الوكيل المسخر مع الغير فإنه يظهر أمامه بأنه يتعامل لمصلحته الشخصية وأن ذمته المالية سوف تتأثر – سلباً أو إيجاباً – بآثار التصرف القانونى، فى حين أن قصده انصرف إلى التعامل لمصلحة الموكل، ومن ثم نكون بصدد اختلاف أو عدم تطابق بين معطيات التعبير ومحتوى القصد بشأن الصفة فى التعامل، ومتى قام الوكيل المسخر بالتعاقد مع أحد الأغيار فإن معنى ذلك أننا نكون بصدد عقدين أحدهما تم تكوينه بين الموكل والوكيل، وثانيهما تم إبرامه بين هذا الأخير والغير.

ولقد عرفت المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى المصرى الوكيل المسخر وهى بصدد الكلام عن عقد الوكالة، وذكرت فى هذا الصدد أنه «إذا كان – أى الوكيل – يعمل دائماً لحساب الموكل فليس من الضرورى أن يعمل باسمه فقد يعمل باسمه الشخصى، وهذا ما اصطلح على دعوته (بالاسم المستعار) والاسم المستعار وكيل كسائر الوكلاء يتسع له تعريف المشروع، ويضيق منه تعريف القانون الحالى، وإن كان هذا التقنين يشير إليه إشارة مقتضبة فى أحد نصوصه (مادة ٦٤٨/٥٢٣) ولا يختلف الاسم المستعار عن سائر الوكلاء فى علاقته مع الموكل، ولذلك لم يخصص المشروع له مكاناً فى عقد الوكالة، وإنما يتميز بأحكام خاصة فى علاقته مع الغير وهذا مكانه فى النيابة بوجه عام حيث نجد فى المشروع نصاً خاصاً به (مادة ١٠٩) وقد أحيل فى الوكالة على هذا النص»[٢].

ومؤدى هذه العبارات – وعلى حد تعبير محكمة النقض المصرية فى حكم لها – بأن «من يعير اسمه ليس سوى وكيلاً عمن أعاره وأنه لا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من حيث أن وكالته مستترة، فكأن الشأن شأنه فى الظاهر مع

---

١) نقض مدنى ١٩٧٩/٦/١٦ – الطعن رقم ١٢٨٣ لسنة ٤٨ق (لم ينشر)، وفى الفقه الفرنسى
Planiol: Traite de droit civil. T.2.1926. Par Esmain N. 22 70.

٢) راجع فى ذلك: مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥صـ١٨٥.

كونه فى الواقع شأن الموكل، أما غيره من الوكلاء فوكالته سافرة الشأن فيها للموكل ظاهراً وباطناً...»[1].

والصورية من خلال استعارة الاسم مؤداها وجود اتفاق بين طرفى التصرف المزمع إبرامه على أن يستعير أحدهما اسم شخص من الأغيار يظهر فى العقد بدلاً منه بحيث يبدو صاحب الاسم المستعار أمام الغير كما لو كان هو الطرف الحقيقى فى التعاقد فى حين أنه ليس إلا مجرد ساتر لمستعير الاسم.

وأكثر ما تكون الصورية من خلال استعارة الاسم للتحايل على حالات عدم الأهلية الخاصة التى ينص عليها فى العلاقة بين شخصين محددين، حيث يتفق طرفا التصرف على أن يتعاقد أحدهما مع الآخر باسم شخص من الغير بغرض إخفاء أمرهما من أنهما يتعاقدان معاً مباشرة.

ومعنى ذلك أن الصورية التى ترد على الاسم لها مفهوم قانونى محدد حيث إنها تنصب على الصفة فى التعاقد فى حد ذاتها، وأنها تقتضى وجود اتفاقين مستقلين، أحدهما يتم تكوينه بين صاحب الاسم المستعار والشخص الذى يريد استعارة الاسم، وأن إرادة كل منهما يكون لها دور فعال وإيجابى فى إبرام العقد. والآخر بين الشخص الذى يستعير الاسم وأحد الأغيار، وتظهر أهمية هذا الاتفاق إذا كان مستعير الاسم يريد أن يشترى شيئاً معنياً بنظام التقسيط ففى هذه الحالة لا يمكن إبرام عقد البيع من خلال فكرة الصورية النسبية التى ترد على الاسم إلا إذا وافق البائع على ذلك، وعندئذ يحصل هذا الأخير على ورقة ضد تضمن لـه حقه فى الحصول على الأقساط من المشترى الحقيقى[2] من خلال الرجوع عليه[3].

ولاشك أن صاحب الاسم المستعار لا يكون له دور فى تشييد عقد البيع فإرادته وإن كانت تبدو من حيث الظاهر أنها تساهم فى عملية التكوين إلا أن حقيقة

---

١) راجع فى ذلك: نقض مدنى- الطعن رقم ٦٤٨ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤، وفى نفس المعنى الطعن رقم ٧٣٢ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٥/١/١٦، الطعنان رقما ٢٤٣٧، ٢٤٦٦ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٣/٥/٢، الطعن رقم ٤٨٦٤ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٥/٣/١٣.

٢) وتظهر أهمية ذلك إذا كان صاحب الاسم المستعار يحمل جنسية دولة أجنبية أو أن مركزه المالى لا يسمح له بالوفاء بالتزاماته العقدية.

٣) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢٤٩.

الأمر خلاف ذلك، ففي واقع الأمر أن إرادة مستعير الاسم هي التي تساهم في عملية البناء، ومن ثم فإن هذه الإرادة هي التي تكون محل اعتبار فيما يتعلق بعيوب التراضي وأثر العلم أو الجهل ببعض الظروف الخاصة.

فإذا كان صاحب الاسم المستعار يقوم بالتوقيع على العقد باسمه الشخصي فإنه لا يعدو أن يكون أداة في يد المستعير للاسم لتحقيق الغرض الذي يبغي تحقيقه، وقد يساهم صاحب الاسم المستعار – في بعض الأحوال – في نقل التعبير من مستعير الاسم إلى الغير الذي يشارك معه في تكوين العقد، ومع ذلك فإنه لا يعدو أن يكون في هذه الحالة رسولاً أو ناقلاً للتعبير، ومن ثم فإنه لا يكتسب – في حقيقة الأمر – صفة الطرف بالمفهوم الشكلي لأن هذا المفهوم لا يستمد من عملية التوقيع على العقد والتي لا تخرج عن كونها عملاً مادياً بحتاً بل إنه يرتبط بعملية المشاركة الفعلية في تشييده بمعنى انه يتطلب وجود دور للقصد – من خلال التعبير – في عملية البناء وهذا يحول دون اعتبار التعاقد بطريق التسخير أحد تطبيقات الصورية النسبية التي ترد على الاسم، لأن الوكيل المسخر يساهم بإرادته مساهمة فعلية في تشييد العقد مع الغير.

وما يميز الصورية بالتسخير أو الصورية من خلال استعارة الاسم عن باقي صور الصورية هو أنها تتناول الصفة التعاقدية لشخص أحد المتعاقدين ويمثل الصورية من خلال استعارة الاسم المثال الآتي:

إذا افترضنا أن (أ) يريد أن يبرم عقد بيع مثلاً مع (ب) ولكن لأن (أ) لا يريد أن يظهر بمظهر الطرف الحقيقي في هذا الاتفاق فإنه يجعل آخر وليكن (ج) يوقع على هذا العقد باسمه الشخصي. وبالتالي نكون هنا بصدد ثلاثة اتفاقات، اثنان منها جديان والآخر صوري لا وجود له على النحو التالي:

١- اتفاق بين (أ) و (ج) بموجبه يوافق هذا الأخير على إعارة اسمه للأول، وقد يكون ذلك بمقابل أو بدون مقابل ويمكن تسمية هذا الاتفاق بعقد استعارة الاسم أو عقد تسخير الاسم ووسيلة هذه الاستعارة أو هذا التسخير هي قيام المعير اسمه أي صاحب الاسم المستعار بتوقيع اتفاق قانوني بدلاً من مستعير الاسم، وعملية التوقيع هذه عملية مادية بحتة.

٢- اتفاق بين (أ) و (ب) وهو جوهر ولب هذه العملية والذى من أجل إبرامه يتم إبرام الاتفاقين الآخرين.

٣- اتفاق بين (ج) و (ب) إذاً بتوقيع (ج) على الاتفاق مع (ب) بدلاً من (أ) فإنـــه يظهر أمام من لا يعرف حقيقة الأمر كما لو كان هو الطرف الحقيقى.

وتجدر الإشارة إلى أن كلا من اتفاق (أ) مع (ج) واتفاق (أ) مع (ب) همــا اتفاقان جديان حقيقيان فى حين أن اتفاق (ج) مع (ب) هو اتفاق صورى لا وجود له فى الحقيقة هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية فإنه إذا كان اتفاق (أ) مع (ج) هو فى جميع أحوال الصورية بالتسخير ذا طبيعة قانونية واحدة معروفة، فهو كما تقدم عقد استعارة اسم فإن الاتفاقين الآخرين أى اتفاق (أ) مع (ب) وهو الاتفــاق الحقيقـــى واتفاق (ب) مع (ج) وهو الاتفاق الصورى هما من طبيعة قانونية واحدة أيّاً كــان نوعها التعاقدى سواء كان ضمن العقود المسماة أو غير المسماة.

وعلى هذا النحو فإن الصورية من خلال استعارة الاسم لها أطراف ثلاثة:

الطرف الأول: (أ) وهو محور هذه العملية من الناحية القانونيـــة إذ هــو طرف فى كلا الاتفاقين الحقيقيين، فهو يشغل مركزين قــانونيين مــستعير الاســم والمتعاقد الحقيقى مع (ب).

الطرف الثانى: (ب) وهو الذى يشارك (أ) فى هذه العملية، وصاحب دور فعال فيها وإن كان يشغل مركزاً قانونياً واحداً بموجب عقده مع (أ) إذ أن ما بينه وبين (ج) هو عقد كما تقدم صورى لا وجود له فى الحقيقة.

الطرف الثالث: (ج) وهو المعير اسمه أى صــاحب الاســم المــستعار أو المسخر وهو برغم أهمية دوره الذى يتمثل فى توقيع العقد مع (ب) بدلاً من (أ)، لا يكون لإرادته دور فى جوهر العملية سوى فى دائرة اتفاق تسخير الاسم فقط.

ويتبين مما تقدم أن الصورية بالتسخير تكون وليدة اتفاق وتدبير بين أطرافها لإخفاء شخصية احدهما عن الغير بسبب ما قد يكون الغش نحو القانون، وكما سبق القول أن الصورية بطريق التسخير ترد على شخصية أحد المتعاقدين ويقصد بهــا إخفاؤها تحت اسم شخص آخر فى العقد ويكون ذلك بعلم المتعاقد الاخر لكى يــأمن بذلك مانعاً يحول دون إبرام التصرف مع المتعاقد الحقيقى.

ويذهب الأستاذ الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى[١] إلى تقسيم الصورية النسبية إلى ثلاثة أنواع هى: «الصورية بطريق التستر والصورية بطريق المضادة والصورية بطريق التسخير».

ويفرق بين التعاقد بطريق التسخير والصورية بطريق التسخير فيقول «إن التعاقد بطريق التسخير هو ما يدعى المسخر فيه بالاسم المستعار، أما الصورية بطريق التسخير يتعاقد الشخص مع مسخر يتواطأ معه على تسخيره لمصلحة شخص ثالث يكون هو أيضاً عالماً بهذا التسخير، والمسخر هنا يبرم تصرفات ثلاثة كل منها تصرف جدى فالأول عقد وكالة يكون المسخر فيه وكيلاً عن آخر فى تصرف يعينانه فى عقد الوكالة والثانى يعقده المسخر مع الغير يبرم فيه هذا التصرف المعين لحساب الموكل ولكن باسمه هو فينصرف له أثر التصرف والثالث يعقده مع الموكل مرة أخرى ينقل له فيه أثر هذا التصرف الذى سبق أن عقده لحسابه مع الغير.

وتتحقق الصورية بالتخسير متى توافرت الشروط الآتية:

أولاً: أن يوجد عقد تسخير اسم أى عقد استعارة اسم.

ثانياً: أن يوجد عقدان آخران تتحد فيهما الماهية والأركان والشروط والموضوع ولا يختلفان إلا من حيث شخص أحد المتعاقدين.

ثالثاً: أن يكون هذان العقدان متعاصرين فيصدران معاً فى وقت واحد، ويكفى فى هذا المعاصرة الذهنية أى المعاصرة التى انعقد عليها قصد المتعاقدين، ولا يلزم المعاصرة المادية.

رابعا: أن يكون أحد هذين العقدين ظاهراً (علنياً) وهو العقد الصورى، ويكون الآخر مستتراً (سرياً) وهو العقد الحقيقى[٢].

وأكثر ما تكون الصورية من حلال استعارة الاسم فى التحايل على حالات عدم الأهلية الخاصة التى ينص عليها فى العلاقة بين شخصين محددين حيث يتفق

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهورى- الوسيط جـ٧ هامش صـ١٢٩٥.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهورى- الوسيط جـ٢ المجلد الثانى- الطبعة الثانية(*)□ صـ١٣٩٦ ، ١٣٩٧.

طرفا التصرف على أن يتعاقد أحدهما مع الآخر باسم شخص من الأغيار بغرض إخفاء أمرهما من أنهما يتعاقدان معاً مباشرة.

ومن تطبيقات الصورية من خلال استعارة الاسم فى القانون المصرى أن يشترى شخصاً أرضاً باسم ابنته ويكون قصده من استعارة اسم ابنته فى الشراء باسمها، أن يتفادى – لو انه اشترى الأرض باسمه – أن يرثه غير ابنته من أقارب لأنه ليس له اولاد ذكور أو أن يتفادى بذلك ضريبة التركات إذا ما انتقلت الأرض بالميراث إلى ورثته، أو أن يتفادى أحكام قانون الإصلاح الزراعى التى تضع حداً أقصى لملكية الفرد أو أن يتفادى ضريبة الإيراد العام، ومن أجل ذلك يقوم بشراء الأرض باسم ابنته ولا يشتريها باسمه حتى لا يزيد إيراده الشخصى فتزيد الضريبة على هذا الإيراد، ومن ذلك أيضاً أن يستأجر شخص باسم ابنه، ويتفق مع المؤجر على ذلك حتى يتفادى بذلك أحكام القانون الواردة فى القوانين ٤٩ لسنة ١٩٧٧، ١٣٦ لسنة ١٩٨١ بشأن بيع وتأجير الأماكن التى تحظر استئجار الشخص أكثر من مسكن واحد فى مدينة واحدة وقد ألغى هذا النص، وحتى لا يقع تحت طائلة القانون الذى يحظر ذلك فإنه يلجأ إلى استئجار المسكن باسم ابنه حال كونه يستأجر مسكناً، وبذلك يتفادى الحظر الوارد بالقوانين سالفة الذكر.

ومن تطبيقات الصورية من خلال استعارة الاسم فى القانون الفرنسى أن يتلقى الطبيب من مريضه هبه باسم مستعار ويكون قصده (أى الطبيب) من استعارة الاسم أن يتفادى – لو أنه تلقى الهبة باسمه شخصياً – بطلان الهبة طبقاً للمادة ٩٠٩ مدنى فرنسى التى تقضى بعدم أهلية الطبيب فى تلقى أى هبة من مريضه أثناء مرض موته فهنا لا يتصور تكوين عقد الهبة من خلال فكرة الصورية النسبية بطريق الاسم المستعار إلا إذا وافق المريض (وهو الواهب) على ذلك وعندئذ يحصل الطبيب من الواهب على ورقة ضد تفيد بأنه (أى الطبيب) هو الموهوب له الحقيقى(١).

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد العزيز المرسى حمودة- المرجع السابق صـ٣٠، ٣١.

ويتضح من هذه الأمثلة المتقدمة أن ثمة تصرفين مختلفين من حيث شخصية الأطراف فيهما أحد التصرفين ظاهر والآخر خفى، أما التصرف الظاهر فطرفاه الاسم المستعار والغير وأما التصرف الخفى فطرفاه العاقدان الحقيقيان للتصرف، وهما المستعير للاسم والغير أى البائع فى المثال الأول والواهب فى المثال الثانى، كما يتضح أيضاً أن إرادة الاسم المستعار ليس لها دور يذكر فى تكوين العقد لأن صاحب الاسم المستعار وإن كان يوقع باسمه على العقد فإن دوره هنا مجرد دور مادى بحت دون أن يساهم من الناحية الفعلية والإيجابية فى عملية تكوين العقد، فإرادة صاحب الاسم المستعار وإن كانت تبدو فى الظاهر أنها تساهم فى عملية تكوين العقد إلا أن حقيقة الأمر أن إرادة المستعير للاسم هى التى تساهم فى هذا التكوين، وبمعنى آخر إن دور الاسم المستعار يكون بمثابة حلقة الوصل بين العاقدين الحقيقيين، حيث إن دوره يقتصر على أن يضع اسمه فى العقد دون أن يشترك فى أسسه أو فى شروطه، ومن ثم فإن الاسم المستعار لا يكتسب صفة الطرف بالمفهوم الشكلى لأن هذا المفهوم لا يستمد من مجرد التوقيع على العقد والذى لا يعدو أن يكون عملاً مادياً بحتاً بل يستمد من المساهمة الفعلية فى تكوين العقد.

وفى المثال الذى يشترى فيه الأب أرضاً باسم ابنته المتقدم ذكره، فلا يتصور تكوين عقد البيع من خلال فكرة الصورية النسبية بطريق الاسم المستعار إلا إذا وافق البائع على ذلك وعندئذ يحصل على ورقة ضد تضمن له الحصول على حقه من الأب (المستعير للاسم) خاصة إذا كان المركز المالى للابنة لا يسمح بالوفاء بالتزاماتها كمشتريه.

وبناء عليه فإن معيار التفرقة بين الصورية من خلال استعارة الاسم والتعاقد بطريق الوكالة بالتسخير يكمن فى الإرادة التى ساهمت بفاعلية وإيجابية فى تكوين العقد المبرم بين الوكيل المسخر والغير، فإذا كانت إرادة المستعير للاسم هى التى ساهمت فى إبرام العقد بالفعل واقتصر دور الوكيل المسخر على مجرد التوقيع على العقد – الدور المادى – فإن هذا التصرف يتم تكييفه على أنه صورية نسبية بطريق الاسم المستعار، أما إذا كانت إرادة الوكيل المسخر لها الدور الفعال والإيجابى فى

إبرام العقد فإنه يتم تكييف هذا التصرف على أنه تعاقد بطريق التسخير بصرف النظر عما إذا كان المتعاقد مع الوكيل المسخر يعلم حقيقة أو حكماً باتفاق التسخير، وبغض النظر فى حالة العلم عن مصدر هذا العلم.

وبناء على ذلك إذا ما ساهم الوكيل المسخر بإرادته - بطريق مباشر أو غير مباشر - فى العلم بصفته الحقيقية فى التعاقد فإن الوكالة تعتبر مكشوفة بالنسبة لمن اشترك فى إبرام العقد وتخضع لحكم المادة ١٠٥ مدنى، لأننا نكون بصدد تطابق بين التعبير عن الإرادة ومحتوى القصد بشأن الصفة فى التعاقد، ويعتبر العقد قد تم باسم الموكل.

وقد يثور تساؤل عن الأسباب التى تدفع أطراف الصورية بالتسخير إلى تعقيد الأمر على هذا النحو الوارد بالأمثلة السابقة وخاصة المستعير للاسم، ولماذا لا يتعاقد مباشرة مع الغير الذى يريد إبرام التعاقد معه ولماذا يلجأ إلى الاسم المسخر أو الاسم المستعار ليوقع على العقد بدلاً منه ؟

والواقع أن ذلك لا يمكن أن يكون مقصوداً فى حد ذاته وإنما يكون الغرض من الصورية بالتسخير هو التغلب على مانع قانونى أو أدبى لدى مستعير الاسم يحول دون ظهوره بمظهر المتعاقد الحقيقى مع المتعاقد الآخر، ولكن بالطبع لا يوجد اعتبار شخصى يحول دون تعاقده مع هذا الأخير لأن العملية برمتها تكون وليدة اتفاق وتدبير بين الأطراف الثلاثة كما تقدم.

وللموانع القانونية صور عديدة منها على سبيل المثال:

١- بخصوص الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية فإنه فى حالة التزاحم بين شفعاء من طبقة واحدة فإنه وفقاً لنص المادة ٩٣٧ مدنى يفضل المشترى لو كان شفيعاً[١] فلو تصورنا أن الطرف (أ) هو المشفوع منه (المشترى الحقيقى) وأن الطرف (ب) هو المشفوع عنده (بائع العقار المشفوع فيه) وأن الطرف (ج) هو المشفوع منه الصورى أى (المشترى الصورى) حيث يعير اسمه (أ)

---

١) راجع نص المادة ٩٣٧ مدنى.

ليمنع باقى من تتوافر فيهم شروط الأخذ بالشفعة من ذات طبقته منهـا نظـراً لكون (ج) هو الآخر تتوافر فيه ذات الشروط.

٢- حدد المشرع بموجب المادة الأولى من القانون رقـم ٥٠ لـسنة ١٩٦٩ الحـد الأقصى الذى لا يجوز أن تتجاوزه ملكية الفـرد مـن الأراضـى الزراعيـة والأراضى البور بمقدار خمسين فداناً وكذلك ملكية الأسرة منها بمقـدار مائـة فداناً، كما وضع المشرع بموجب القانون رقـم ١٤٣ لـسنة ١٩٨١ المعـدل بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٨ تنظيماً خاصاً للحد الأقصى للملكية فى الأراضى الصحراوية، وبالتالى فإن رغبة أحد الأفراد فى تملك أراضى تزيد على الحـد الأقصى المقرر له قانوناً قد تدفعه إلى تسخير شخص غيره ليوقع بدلاً منه على عقد تملكه لما يجاوز الحد الأقصى فى حين يكون مستعير الاسم هـو المالـك الحقيقى للأرض والمستغل لها.

٣- ما نصت عليه المادتان ٤٧١، ٤٧٢ مدنى فى شأن حظر بيع الحقوق المتنـازع فيها لعمال القضاء[1] فقد يحاول أحد الأشخاص المخاطبين بنص هاتين المادتين الخروج من دائرة الحظر الذى تفرضه عن طريـق تـسخير شـخص آخـر، وبالتواطئ مع الطرف الثالث المتعاقد مع المعير للاسم.

٤- ما نصت عليه المادتان ٤٧٩، ٤٨٠ مدنى بصدد حظر بيع النائب لنفسه[2] فقد يعمد النائب إلى شراء ما نيط به بيعه وكذلك قد يفعل السمسار أو الخبير فيمـا يعهد إليهم من أموال لبيعها أو تقدير قيمتها، وتكون وسيلتهم للتغلب علـى مـا يفرضه المشرع من حظر أن يشتروا من خلال اسم مستعار.

أما عن مدى مشروعية الصورية بالتسخير متى كان يراد بها التغلب علـى مانع قانونى فالرأى عندى أنه يجب بحث كل حالة على حدة فى الأمثلـة المتقـدم ذكرها، وبذلك لو تتبعنا هذه الأمثلة لوجدنا الآتى:

---

١) راجع نص المادتين ٤٧١، ٤٧٢ مدنى وكذلك دكتور/ عبد الرزاق الـسنهورى- الوسـيط جــ٤ الطبعة الثانية (*)□ صـ٢٦٧ وما بعدها.

٢) راجع نص المادتين ٤٧٩، ٤٨٠ مدنى.

١- أنه فى المثال الأول فإن نهج الأطراف: (أ) المشترى الحقيقى و(ب) البائع و(ج) المشترى الصورى سبيل الصورية بالتسخير لا ينال من صحة تعاقد (أ) مع (ب) طالما توافرت فيها الأركان والشروط التى يتطلبها المشرع وفقاً للقواعد العامة غاية ما فى الأمر أن أفضلية (ج) على باقى الشفعاء من ذات طبقته ستزول إذا استطاع أى منهم إثبات صورية العقد بين (ب) و (ج)، إذ يكون لهم الاعتداد بالعقد الحقيقى بين (أ) و (ب) لأن مصلحتهم تقتضى ذلك.

٢- أما فى المثالين الثانى والثالث فيكون العقد الحقيقى باطلاً بطلاناً مطلقاً لمخالفته لقاعدة آمرة تتعلق بالنظام العام والآداب.

٣- أما فى المثال الرابع فيكون العقد باطلاً بطلاناً نسبياً لمصلحة الأصيل إذ خول له المشرع بصراحة نص المادة ٤٨١ مدنى[١] حق إجازة هذا البيع.

أما عن الموانع الأدبية التى توجد لدى الطرف (أ) مستعير الاسم وتحول بينه وبين الظهور بمظهر المتعاقد الحقيقى مع الطرف (ب) وهو المتعاقد مع معير الاسم (أى المتعاقد مع صاحب الاسم المستعار) والتى كان التغلب عليها هو الغرض من الصورية بالتسخير فإنها لا تقع تحت حصر، ولكنها دوماً تتعلق بطائفة الأغيار ممن يخشى الطرف (أ) من معرفتهم بحقيقة الأمر لما بينه وبينهم من روابط قد تكون روابط أسرية أو رابطة دائنيه أو حتى روابط العمل والمنافسة أو غير ذلك[٢].

وبالطبع فإن التغلب على المانع قانونياً كان أو أدبياً ليس مقصوداً لذاته كغرض للصورية بالتسخير، وإنما المصلحة المادية أو الأدبية التى تعود على أطراف الصورية بالتسخير من وراء التغلب على هذا المانع هى الهدف والمراد الحقيقى ولاسيما بالنسبة لمستعير الاسم (أ) باعتباره محور العملية من الوجهتين القانونية والاقتصادية وفى المرتبة الثانية للمتعاقد مع معير الاسم (ب) وأخيراً بالنسبة لصاحب الاسم المستعار أو المسخر (ج) بحسب ما إذا كانت إعارته لا سمة بمقابل أو بدون.

---

١) راجع نص المادة ٤٨١ مدنى.

٢) راجع فى ذلك: صـ٤٢، ٤٣ من الرسالة.

الاسم المستعار هو إذاً وكيل مجرد وكيل عادى عهد إليه موكله بمهمة إجراء تصرف قانونى معين مع الغير على أن يعمل هذا الوكيل باسمه الشخصى مع الغير دون أن يظهر شخصية موكله(١).

قد يبدو للوهلة الأولى أن التعاقد بطريق التسخير يعد أحد تطبيقات الصورية من خلال استعارة الاسم، أى الصورية التى ترد على شخصية أحد المتعاقدين بقصد إخفائها تحت اسم شخص آخر يظهر فى العقد، ويكون ذلك بعلم المتعاقد الآخر، وهو ما دعا بعض الفقه والقضاء إلى معالجة التعاقد بطريق التسخير أو الاسم المستعار من خلال أحكام الصورية(٢).

غير أن التحليل الدقيق لكل من الوكالة بالتسخير والصورية من خلال استعارة الاسم يكشف عن أن هناك أوجه تشابه وأوجه خلاف بين كل من النظامين.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا الفرع إلى غصنين:

الغصن الأول: أوجه التشابة بين الوكالة بالتسخير والصورية من خلال استعارة الاسم.

الغصن الثانى: أوجه التباين بين الوكالة بالتسخير والصورية من خلال استعارة الاسم.

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ إسماعيل غانم- مصادر الالتزام بند ٨٦ صـ١٦١، دكتور/ جمال مرسى بدر- الرسالة السابقة صـ٨٩، دكتور/ عبد الرزاق السنهورى- الوسيط جـ٧ المجلد الأول رقم ٢١٠ صـ٦٢١.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ أحمد مرزوق- الرسالة السابقة صـ٢٦٣، دكتور/ حمدى عبد الرحمن- المرجع السابق صـ١٩٧، دكتور/ رمضان أبو السعود- أحكام الالتزام ١٩٩٨□ صـ٢٠٧، دكتور/ سليمان مرقص- الوافى فى شرح القانون المدنى- أحكام الالتزام ١٩٩٢□ فقرة ١٨٠- تنقيح دكتور/ حبيب إبراهيم الخليلى، المستشار/ عز الدين الدناصورى ودكتور/ عبد الحميد الشواربى- المرجع السابق صـ٤٨- وانظر فى هذا المعنى من القضاء المصرى: نقض مدنى ١٩٦٠/٥/٢٨ الطعن رقم ٥٨١ لسنة ٣٥ق- مجموعة أحكام النقض السنة ٣١ جـ٢ صـ٩٣٣، نقض ١٩٨٥/١/١٦ الطعن رقم ٧٣٢ لسنة ٥٤ق- مجموعة أحكام النقض السنة ٣٦ جـ١ رقم ٣١ صـ١٢٩، الطعنان رقما ٢٤٣٧، ٢٤٦٦ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٣/٥/٣.

الغصن الأول

أوجه التشابه بين الوكالة بالتسخير والصورية من خلال استعارة الاسم

إن كلاً من الوكالة بالتسخير والصورية من خلال استعارة الاسم ينصب على الصفة فى التعاقد[1] وذلك من خلال الاتفاق على ذلك صراحة، حيث يتم الاتفاق بين الوكيل المسخر والأصيل على أن يتعاقد الأول باسمه شخصياً مع الغير بحيث يبدو أمام الناس أنه الطرف الأصلى والحقيقى فى التعاقد، وأن ذمته المالية هى التى سوف تتأثر – أيجاباً أو سلباً – بآثار العقد الذى أبرمه مع الغير فى حين أن الحقيقة أنه يتعاقد لحساب الأصيل وأنه يلتزم بموجب سند الوكالة المبرم بينهما أن ينقل آثار التصرف إلى ذمة الأصيل حيث تستقر فى ذمة الأخير، وهذه الآثار وإن كان قد تسلمها أولاً الوكيل المسخر إلا أنها لم تستقر فى ذمته لأن التعاقد تم أصلاً لحساب الأصيل وينظم ذلك عقد الوكالة المبرم بينهما، وهذه الآثار التى يتسلمها الوكيل المسخر لا تستقر بذمته ولكنه يحتفظ بها على سبيل الأمانة إلى حين نقلها إلى ذمة الأصيل، فإن تصرف فيها فإنه يخضع لأحكام التصرف فى ملك الغير وإن بددها أو رفض تسليمها إلى الأصيل سئل عن جريمة تبديد وخيانة الأمانة.

وكذلك الحال بالنسبة للصورية من خلال استعارة الاسم حيث يتم الاتفاق بين كل من المستعير للاسم والاسم المستعار، على أن يتم التعاقد باسم الاسم المستعار فقط أى أن يكون دوره مادياً بحتاً ينحصر فى التوقيع على العقد دون أن يشارك فى أسسه أو فى شروط تكوينه، على أن يتولى ذلك المستعير للاسم.

ويقوم صاحب الاسم المستعار بالتوقيع على العقد باسمه الشخصى وقد يساهم – فى بعض الأحوال – فى نقل التعبيرمن المستعير للاسم إلى الغير الذى يشارك معه فى إبرام العقد، ومع ذلك فإنه لا يعدو أن يكون فى هذه الحالة رسولاً أو ناقلاً للتعبير[2] ومن ثم فإنه لا يكتسب فى الحقيقة صفة الطرف بالمفهوم

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد العزيز المرسى حمودة- المرجع السابق صـ٣٠، دكتور/ فيصل عبد الواحد- المرجع السابق صـ٢٤٨.

٢) يجب الفصل بين إرادة التعبير وإرادة التصرف فتكون الأولى للرسول وتكون الثانية للنائب.

الشكلى[1] لأن هذا المفهوم لا يستمد من عملية التوقيع على العقد والتى لا تعدو أن تكون عملاً مادياً بحتاً كما سبق القول، بل إنه يرتبط بعملية المشاركة الفعلية فى إبرامه بمعنى أنه يتطلب وجود دور للقصد - من خلال التعبير - فى عملية تكوين العقد، وهذا يحول دون اعتبار التعاقد بطريق التسخير أحد تطبيقات الصورية النسبية التى ترد على الاسم لأن الوكيل المسخر يساهم بإرادته فى إبرام العقد مع الغير.

كما أن هناك تشابهاً بين الوكالة بالتسخير والصورية من خلال استعارة الاسم فيما يتعلق بحق الخيرة، حيث أعطى المشرع بموجب الفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ مدنى لدائنى المتعاقدين والخلف الخاص متى كانوا حسنى النية، الحق فى الخيرة بالتمسك بأحد العقدين الحقيقى أو الصورى، وذلك وفق ما تقتضيه مصلحة كل منهم الشخصية فإن احتمال تعارض مصالحهم يكون وارداً جداً، فمثلاً لو افترضنا أن العقد ما بين معير الاسم والمتعاقد معه هو عقد شراء مال معين - عقار مثلاً - فإن مصلحة دائنى معير الاسم تدفعهم إلى التمسك بالعقد الصورى بين معير الاسم والمتعاقد معه، فى حين أن مصلحة دائنى مستعير الاسم تكون فى التمسك بالعقد الحقيقى بين مستعير الاسم والمتعاقد مع معير الاسم، فكل من الطائفتين سيسعى إلى ضم المال - العقار - لذمة مدينه لتدعيم الضمان العام، لهم ولهذا فقد حلَّ المشرع هذا التعارض، بتقديره فى الفقرة الثانية من المادة سالفة الذكر لأفضلية من يتمسك بالعقد الصورى، وعلى هذا ففى المثال السابق يفضل دائنو المعير للاسم على دائنى مستعير الاسم مراعاة لاستقرار المعاملات وإن كان هذا يجافى أحياناً اعتبارات العدالة، فى حين أنه فى الوكالة بالتسخير فإن هناك أيضاً حق خيرة يكون مقرراً للمتعاقد مع الوكيل المسخر متى توافرت فى هذا الأخير شرطان:

الشرط الأول: إذا عَوّل على صفة الوكيل المستخلصة من معطيات تعبيره بحيث يكون قصد التعامل مع شخص الوكيل (بمعنى توافر الاعتبار الشخصى).

---

١) والموضوعى ويعنى أنه إذا كان قد تسلم الشئ محل التعاقد فإنه يعتبر أميناً عليه ولا يجوز له التصرف فيه فضلاً عن أن دائنيه سيئ النية لا يمكنهم الحجز عليه كما أنه لا يلتزم بالوفاء بحقوق المتعاقد معه من ذمته المالية.

الشرط الثاني: عدم إمكان نسبة العلم الحكمي بهذه الصفة إليه ببذله عناية الرجل المعتاد.

فإذا ما توافر هذان الشرطان كان للمتعاقد مع الوكيل المسخر الحق في أن يختار بين أمور ثلاثة:

أولها: قبول نفاذ آثار التصرف في ذمة الوكيل وفق ما تقضي به صراحة المادة ١٠٦ مدني.

ثانيها: طلب إبطال العقد للغلط أو التدليس وفقاً للمادتين ١٢٠، ٢/١٢٥ مدني مع الرجوع على الوكيل بالتعويض وفقاً للمادة ١٦٣ مدني لعدم الإفصاح عن صفته الحقيقية في التعاقد.

ثالثها: التنازل عن الاعتبار الشخصي[1] الذي يحول أو كان يحول - دون قيام الرابطة العقدية المباشرة بينه وبين الأصيل - وقد يحدث ذلك إذا ما تحسن المركز المالي لهذا الأخير أو زالت الخلافات العائلية أو الموانع الأدبية التي كانت تحول دون تعاملهما - وذلك وفق ما تنص عليه المادة ١٠٦ مدني ضمناً.

وبذلك فإن ما يجمع بين الوكالة بالتسخير والصورية من خلال استعارة الاسم هو الصفة في التعاقد أي أن كلاً من الوكيل المسخر والاسم المستعار يتعاقد مع الغير بصفته أصيلاً وليس نائباً، وبذلك يبدو كل منهما أمام الغير على أنه الطرف الأصلي والمتعاقد الحقيقي وأنه يتعاقد لمصلحته الشخصية وليس لمصلحة الأصيل وأن ذمة كل منهما سوف تتأثر - سلباً أو إيجاباً - بثمار العقد.

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد - المرجع السابق صـ٢٧٢.

الغصن الثانى

أوجه التباين بين الوكالة بالتسخير والصورية من خلال استعارة الاسم

أولا: اختلاف أحكام الصورية من خلال استعارة الاسم عن أحكام الوكالة بالتسخير

توجد بين نظامى الصورية من خلال استعارة الاسم والوكالة بالتسخير نقاط تماس، ينبغى أن نتوقف عندها والتأمل فيها حتى يتضح لنا مدى الخلاف الجذرى بين النظامين وهذه النقاط هى:

١- مدى التعويل على الاعتبار الشخصى فى كل من الصورية من خلال استعارة الاسم والوكالة بالتخسير.

فى مجال الصورية بالتستر يكون الغرض منها هو أن يتغلب مستعير الاسم على مانع قانونى أو أدبى يحول دون ظهوره بمظهر المتعاقد الحقيقى أمام القانون فى الفرض الأول، أو أمام طائفة الأغيار عموماً فى الفرض الثانى ولكن دائماً وأبداً فإنه لا يوجد اعتبار شخصى يحول دون تعاقده مع المتعاقد مع المعير اسمه، سواء كان العقد الذى يريدان إبرامه من العقود التى يكون للاعتبار الشخصى فيها أهمية كبيرة أم ليس كذلك، إذ أن الصورية بالتستر تكون وليدة اتفاق وتدبير بين أطرافها الثلاثة: معير الاسم والمستعير له والمتعاقد معهما[1]، فى حين أنه فى مجال الوكالة بالتسخير فكما قد يكون الغرض منها التغلب على مانع قانونى أو أدبى بين الموكل وطائفة الأغيار - مثل حالة المزايدة فى مزاد علنى - إلا أنه فى الغالب الأعم يكون هناك مانع أو اعتبار أدبى يحول دون اتمام التعاقد بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر مباشرة أو من خلال فكرة الوكالة الظاهرة - مثل وجود خلافات عائلية أو شخصية بينهما أو ضعف المركز المالى للأصيل - كما أنه لوجود مثل هذا الاعتبار الشخصي لدى المتعاقد مع الوكيل المسخر أثراً قانونياً هاماً، وذلك فى ضوء ما قرره المشرع فى المادة ١٠٦ مدنى حيث ميز بين فرضين: أولهما - إذا كان يستوى لدى المتعاقد مع الوكيل المسخر التعاقد معه أو مع الأصيل، وعندئذ يكون الاعتبار الشخصى مفقوداً، ويكون أثر ذلك هو انصراف آثار التصرف إلى ذمة الأصيل ويكون الوكيل أجنبياً عنه. ثانيهما - إذا كان المتعاقد

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد - المرجع السابق صـ٢٤٨.

مع الوكيل المسخر قد عول على صفة هذا الأخير المستفادة من التعبير عن الإرادة الصادر منه، والذى لم يتضمن بياناً بحقيقة صفته فى التعاقد وعندئذ يكون الاعتبار الشخصى موجوداً ويكون أثر ذلك انصراف آثار التصرف إلى ذمة الوكيل المسخر - بحسب الأصل ويكون الموكل أجنبياً عنه، وعلى هذا النحو فإن للاعتبار الشخصى دوراً هاماً فى مجال الوكالة بالتسخير فى حين أنه لا يكون مطروحاً للمناقشة بين أطراف الصورية بالتسخير.

٢- تحديد معنى الغيرية فى كل من الصورية بالتستر والوكالة بالتسخير.

تختلف الغيرية بإختلاف الوضع القانونى الذى تواجهه[١] ففى الصورية عموماً فإن أساس تحديد من يعتبر من الغير يدور حول أن ضرورة استقرار المعاملات واعتبارات العدالة تستدعى حماية كل من عول على العقد الصورى واطمأن إليه معتقداً بحسن نية جديته، وهذا ينصرف بالضرورة إلى دائنى المتعاقدين وخلفهم الخاص[٢] على أن ينصرف لفظ المتعاقدين فى مجال الصورية بالتستر إلى أطرافها الثلاثة: معير الاسم ومستعيره والمتعاقد معهما، فى حين أنه فى مجال الوكالة بالتسخير فإن أساس تحديد من يعتبر من الغير يدور حول أن ضرورة استقرار المعاملات واعتبارات العدالة تقتضى وتتطلب حماية من وجه إليه التعبير عن الإرادة الصادر من الوكيل المسخر والذى لم يتضمن وعن عمد منه بياناً لصفته الحقيقية فى التعاقد، وكونه لا يتعاقد لحساب نفسه وإنما لحساب شخص معين آخر وهو الموكل مما يدفع الذى وجه إليه هذا التعبير إلى الاعتقاد بحسن النية فى أن صاحب هذا التعبير وهو الوكيل المسخر إنما يتعاقد لحسابه الشخصى، كما أن لفظ الغير ينصرف بالتالى إلى دائنى الموجه إليه التعبير عن الإرادة الصادر من الوكيل المسخر وخلفه الخاص وتجدر الإشارة إلى أن اتفاق التسخير بين الموكل والوكيل المسخر كما يرد على عملية قانونية واحدة - بيع أو شراء - فإنه قد يرد كذلك على

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - جـ٢ المجلد الثانى -الطبعة الثانية صـ١٤١٢.

٢) راجع فى ذلك: المستشار/ عز الدين الدناصورى ودكتور/ عبد الحميد الشواربى - الصورية فى ضوء الفقه والقضاء - الطبعة الثالثة صـ١٠٣، ١٠٤، ١١٠(*)□.

القيام بأكثر من عملية قانونية، مثل أن يسخر الموكل الوكيل لعمل عقد شركة بدون أن يبرز وكالته ولم يعلم بها المتعاقدون معه أى الشركاء، فهنا يكون هؤلاء الأخيرين وغيرهم ممن يتعامل مع الوكيل المسخر باعتباره شريكاً يتعامل لحسابه الشخصى من طائفة الأغيار[1]، وعلى هذا النحو فإنه فى حالة الصورية بالتسخير فإن المتعاقد مع معير الاسم لا يدخل ضمن طائفة الأغيار، فى حين أنه فى مجال الوكالة بالتسخير فإن المتعاقد مع الوكيل المسخر يدخل فى هذه الطائفة.

٣- مجال العلم الحكمى وحسن النية فى كل من الصورية من خلال استعارة الاسم والوكالة بالتسخير.

فى مجال الصورية خول المشرع بموجب المادة ٢٤٤ من القانون المدنى للغير الحق فى أن يتمسك بأى من العقد الحقيقى أو العقد الصورى وفق ما تقتضيه مصلحته الشخصية، بشرط أن يتوافر لدية حسن النية وبالرغم من أن هذا الأخير يعد من الأمور النفسية للشخص وذلك لتعلقه بالقصد[2] مما يستتبع أن يقاس بمعيار شخصى وليس موضوعى، إلا أن الفقه[3] قد استقر على قرينة موضوعية قاطعة لا تقبل إثبات العكس، مؤداها أن العلم الفعلى بالصورية هو دليل سوء النية على أن تكون العبرة فى ذلك هى بوقت إبرام هذا الغير لتعاقده. وعلى هذا النحو فإن حسن النية فى نطاق الصورية بالتستر يعنى عدم علم الغير علماً فعلياً وقت تعاقده بصورية العقد الظاهر بين معير الاسم والمتعاقد معه بل اعتقد أنه عقد جدى واطمأن إليه وبنى عليه تعامله[4].

ولما كان مدلول العلم الحكمى بأمر من الأمور يعنى الجهل فى الحقيقة بهذا الأمر بالرغم من توافر الظروف والملابسات الموضوعية والتى من شأنها إذا ما وضع فيها الرجل العادى أن يعلم بهذا الأمر، فإنه فى مجال الصورية لا يكون هناك

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ محمد زكى عبد المتعال - البحث السابق صـ٧، دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد - المرجع السابق صـ٢١٨.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد - المرجع السابق صـ١٥٦.

٣) دكتور/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط جـ٢ (سابق الإشارة إليه) صـ١٤٣٠، المستشار/ عز الدين الدناصورى ودكتور/ عبد الحميد الشواربى - المرجع السابق صـ١٠٦.

٤) دكتور/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط جـ٢ (سابق الإشارة إليه) صـ١٤٣٠.

أى مجال للحديث عن مسألة العلم الحكمى بها[1] إذ أن مناط الأمر حسن أو سوء نية الغير والذى يستفاد من علمه الفعلى أو عدمه بالصورية أثناء تعاقده. فى حين أنـــه فى مجال الوكالة بالتسخير فإن البحث لا يدور بالمرة حول مدى توافر حسن النيـــة أو عدم توافره لدى المتعاقد مع الوكيل المسخر، لأن الاهتمام يتركز حـــول مـــا إذا كان قد علم علماً فعلياً بحقيقة صفة الوكيل المسخر فى التعاقد، وكان علمه هذا بعيداً عن معطيات التعبير عن الإرادة الصادر من هذا الوكيل، فكما تقدم فإننا حكماً نكون بصدد وكالة ظاهرة تخضع لنص المادة ١٠٥ مدنى، أمـــا إذا إمكـــن نـــسبة العلـــم الحكمى بصفة الوكيل المسخر الحقيقية فى التعاقد - بمعنى توافر ظروف وملابسات موضوعية أحاطت بتكوين العقد تمكن الرجل العادى من العلم بحقيقة صفة الوكيـــل المسخر وكونه لا يتعاقد لحسابه الشخصى وإنما لحساب شخص محدد غيره وهـــو الموكل، إلى جانب المتعاقد معه، فإنه طبقاً لما تقضى به المادة ١٠٦ مدنى فإن آثار العقد تنصرف إلى ذمة الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر والذى يكـــون أجنبيـــاً عنه، وعلى هذا النحو فإن آليات الصورية تستبعد أن يكون للعلم الحكمى بها مجال فيها، إذ يكون أساس الأمر هو حسن أو سوء نية الغير، بينما فى الوكالة بالتـــسخير فلا تثار مسألة حسن النية أو سوئها فى حين يكون للعلم الحكمى بالوكالة بالتـــسخير من جانب المتعاقد مع الوكيل المسخر أثر هام.

٤- حق الخيرة المقرر فى كل من الصورية بالتستر والوكالة بالتسخير.

لما كان المشرع بموجب الفقرة الثانية من المادة ٢٤٤ مدنى قد اعطى لدائنى المتعاقدين والخلف الخاص، متى كانوا حسنى النية الحق فى الخيرة بين التمسك بأى من العقدين الحقيقى أو الصورى وذلك وفق ما تقتضيه مصلحة كل منهم الشخصية، فإن احتمال تعارض مصالحهم يكون وارداً جدًا، فلو افترضنا أن العقد ما بين معير الاسم والمتعاقد معه عقد شراء عقار مثلاً، فإن مصلحة دائنى معير الاسم تـــدفعهم إلى التمسك بالعقد الصورى بين معير الاسم والمتعاقد معه فى حـــين أن مـــصلحة دائنى مستعير الاسم تكون فى التمسك بالعقد الحقيقى بين مستعير الاسم والمتعاقد مع

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد - المرجع السابق صـــ١٥٦، ١٥٧.

معير الاسم، فكل من الطائفتين سيسعى إلى ضم العقار لذمة مدينه الضمان العام لهم، ولهذا فقد وضع المشرع حلاً لهذا التعارض بتقديره فى الفقرة الثانية من المادة سالفة الذكر لأفضلية من يتمسك بالعقد الصورى، وعلى ذلك ففى المثال السابق يفضل دائنو معير الاسم على دائنى مستعير الاسم مراعاة لاستقرار المعاملات، وإن كان هذا يجافى احياناً اعتبارات العدالة. فى حين أنه فى مجال الوكالة بالتسخير، فإن هناك أيضاً حق خيرة يكون مقرراً للمتعاقد مع الوكيل المسخر إذا ما توافر شرطان فى المتعاقد مع الوكيل المسخر: الأول – أن يعول على صفة الوكيل المسخر المستنتجة من معطيات تعبيره، بحيث يكون قد قصد التعاقد مع شخص الوكيل بمعنى توافر الاعتبار الشخصى. الثانى – عدم إمكان نسبة العلم الحكمى بصفة الوكيل المسخر إليه ببذله عناية الرجل المعتاد. فإذا ما توافر هذان الشرطان كان للمتعاقد مع الوكيل المسخر الحق فى أن يختار بين أمور ثلاثة: أولها – أن يقبل نفاذ آثار التصرف فى ذمة الوكيل المسخر إعمالاً لما تقضى به صراحة المادة ١٠٦ مدنى. ثانيها – أن يطلب إبطال العقد للتدليس وفقاً لأحكام المادة ٢/١٢٥ مدنى، مع الرجوع على الوكيل المسخر بالتعويض وفقاً لأحكام المادة ١٦٣ مدنى وذلك لسكوته التدليسى عن الإعلان عن صفته الحقيقية فى التعاقد. ثالثها – أن يتنازل عن الاعتبار الشخصى الذى يحول أو كان يحول دون قيام الرابطة العقدية المباشرة بينه وبين الأصيل وقد يحدث ذلك إذا ما تحسن المركز المالى للأصيل أو زالت الخلافات العائلية والموانع الأدبية التى كانت تحول دون إبرام التعاقد بينهما إعمالاً للمادة ١٠٦ مدنى[1]، وعلى ذلك فإن فى كل من الصورية بالتسخير والوكالة بالتسخير حقاً للخيرة ولكن شتان الفارق بين الحقين.

٥- مدى لزوم التعاصر بين التصرفات فى مجال كل من الصورية من خلال استعارة الاسم والوكالة بالتسخير.

من المتفق عليه فقهاً وقضاءً[2] أنه يشترط لقيام الصورية وجود تعاصر زمنى بين

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢٢٢.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهورى- المرجع السابق بند ٦/٤، دكتور/ عبد الفتاح عبد الباقى- المرجع السابق بند ١٠٤، المستشار/ عز الدين الدناصورى ودكتور/ عبد الحميد=

التصرفين الظاهر الصورى والمستتر الحقيقى، إذ لما كانت الصورية تفترض وتقتضى أن إرادة المتعاقدين لم تنصرف بالمرة إلى إبرام العقد الأول فى حين اتجهت جدياً نحو عقد الثانى، فإن لزوم ذلك بالضرورة تعاصر التصرفين، وإن كان يكفى لتحقق هذه المعاصرة الذهنية، والتى لا يقدح فيها أو ينال منها تحرير الاتفاق المستتر فى وقت لاحق، فى حين أن آليات نظام التعاقد بطريق الوكالة بالتسخير تفترض بالضرورة أن يكون عقد الوكالة بالتسخير بين الموكل والوكيل المسخر سابقاً حتماً وبحكم اللزوم على تعامل هذا الأخير والمتعاقد معه، وعلى ذلك فإنه فى مجال الصورية بالتستر والصورية عموماً يعد التعاصر بين التصرفين الظاهر الصورى والمستتر الحقيقى مفترض لازم وحتمى، بينما على العكس من ذلك فى مجال الوكالة بالتسخير إذ إننا لا نكون بصدد تعاصر وإنما تعاقب، إذ يلزم أن يكون اتفاق التسخير سابقاً على التعاقد بين الوكيل المسخر والمتعاقد معه.

ثانياً: اختلاف كل من الصورية بالتستر والوكالة بالتسخير من حيث آثار كل منهما.

أنه طبقاً لما تنص عليه المادة ٢٤٥ مدنى أنه فى مجال الصورية عموماً فإن العقد الحقيقى هو الذى يسرى فيما بين المتعاقدين والخلف العام لهم، فإنه يستفاد من ذلك أنه بخصوص الصورية بالتستر، فإن مستعير الاسم هو الذى تنصرف فى ذمته آثار التصرف دائناً أو مديناً وليس صاحب الاسم المستعار، وذلك على اعتبار أن الأول هو المتعاقد الحقيقى فى حين أن الاسم المستعار فهو مجرد متعاقد صورى، فلا يكون من حقه المطالبة بالحقوق الناشئة عن التعاقد أو التحمل بالالتزامات الناتجة عنه، حيث إن دوره اقتصر على عمل مادى محض وهو التوقيع عليه باسمه. فى حين أنه فى مجال الوكالة بالتسخير فإن الآثار المترتبة على الرابطة العقدية التى يشارك فى إبرامها الوكيل المسخر تنصرف – بحسب الأصل – فى ذمة هذا الأخير المالية والمتعاقد معه، فيكون كل منهما هو الدائن والمدين للآخر بالحقوق والالتزامات المتولدة عن العقد الذى أبرماه وذلك وفقاً لما نص عليه المشرع صراحة فى المادة ١٠٦ مدنى، وهذا لا ينفى الالتزام الذى يقع على

=الشواربى– المرجع السابق صـ١٧، ١٨، ١٩ ومن أحكام النقض المصرى: نقض ١٩٧٤/٤/٩ السنة ٢٥ صـ٦٥٨ مجموعة النقض المدنى، نقض ١٩٨٥/٢/١٠ طعن رقم ٦٨١ لسنة ٥١ق، نقض ١٩٨٥/٥/٩ طعن رقم ٩٢٢ لسنة ٥١ق، الطعن رقم ٤٠١٤ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٧/١/٣٠.

عاتق الوكيل المسخر بنقل آثار الرابطة العقدية التي أبرمها من حقوق والتزامات لحساب الموكل، وذلك تنفيذاً لعقد الوكالة المبرم بينهما. ولكنها قبل ذلك تكون على ذمتــه دائنــاً ومديناً فإذا تصرف فيها بأي وجه من أوجه التصرف سئل عن التصرف في ملك الغيــر، طالما اعترفنا للوكيل المسخر بأنه أصبح طرف تعاقدي ليس فقط بالمفهوم الشكلي وإنمــا أيضاً بالمفهوم المادي، وهذا ما يميزه عن الوكيل في الوكالة الظاهرة، إذ لا تتصرف آثار العقد الذي يبرمه في ذمته وإنما لحساب الموكل مباشرة.

الفرع الثالث

حكم تصرفات صاحب الاسم المستعار

الصورية النسبية بطريق الاسم المستعار أو الصورية من خلال استعارة الاسم هي أن يوجد اتفاق بين طرفي التصرف المزمع إبرامه، على أن يستعير أحدهما اسم شخص من الأغيار يظهر في العقد بدلاً منه بحيث يبدو صاحب الاسم المستعار أمام الغير كما لو كان هو الطرف الحقيقي في العقد، في حين أنه ليس إلا مجرد ساتر لمستعير الاسم أي أن دوره ينحصر في التوقيع على العقد فقط، وبذلك فإن دوره دور مادي فقط وليس دوراً قانونيًا.

وبناء عليه فإن صاحب الاسم المستعار لم يساهم بإرادته في إبرام العقد ومن ثم فإنه لا يعد طرفاً في العلاقة التعاقدية بالمعنى المفهوم لذلك فصاحب الاسم المستعار وإن كان يبدو في الظاهر أنه يساهم بإرادته في عملية تكوين العقد إلا أن حقيقة الأمر أن إرادة المستعير للاسم هي التي تساهم في هذا التكوين، بمعنى آخر إن دور الاسم المستعار يكون بمثابة حلقة الوصل بين العاقدين الحقيقيين فلا عمل له سوى أن يضع توقيعه على العقد المراد إبرامه دون أن يشترك في أسسه أو في بنوده أو شروطه.

وعلى ذلك فإن صاحب الاسم المستعار لا يكتسب صفة الطرف بالمفهوم الشكلي لأن هذا المفهوم لا يستمد من مجرد التوقيع على العقد والذي لا يعدو أن يكون عملاً مادياً بحتاً، ولكن يستمد من المساهمة الفعلية في تكوين العقد أي أن الاسم المستعار لابد وأن يساهم مساهمة إيجابية وفعالة في تكوين العقد من حيث التفاوض على أسس العقد والاتفاق على شروطه وبنوده التي سوف يتضمنها العقد عند إبرامه والتي سوف تحكم العلاقة بين العاقدين وتنظمها(١).

ولذلك لا يمكن اعتبار التعاقد بطريق التسخير أحد تطبيقات الصورية النسبية بطريق الاسم المستعار، لأنه في التعاقد بطريق التسخير يساهم الوكيل المسخر

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ فيصل زكي عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢٤٨، ٢٤٩.

بإرادته فى تكوين العقد وحتى فى الفرض الذى يتصرف فيه الوكيل المسخر وفقاً لتعليمات معينة من موكله - كما لو حدد هذا الأخير للوكيل المسخر حداً أقصى للشراء وبذلك فإن إرادة الوكيل المسخر يكون لها الدور الفعال والإيجابى فى تكوين العقد مع الغير، فضلاً عن أن جوهر فكرة الصورية تكمن فى التعارض بين العقدين الظاهر والمستتر بحيث يستحيل تنفيذ هذين العقدين معاً، وفى نفس الوقت وهو ما لا يتحقق فى التعاقد بطريق الوكالة بالتسخير حيث لا يوجد تعارض بين عقد التسخير والعقد الذى يبرمه هذا الأخير مع الغير بل على العكس يوجد تكامل بين هذا وذاك.

وأكثر ما تكون الصورية من خلال استعارة الاسم فى التحايل على حالات عدم الأهلية الخاصة التى ينص عليها فى العلاقة بين شخصين محددين، حيث يتفق طرفا التصرف على أن يتعاقد أحدهما مع الآخر باسم شخص من الأغيار بغرض إخفاء أمرهما من أنهما يتعاقدان معاً مباشرة.

وما يميز الصورية التى ترد على الاسم عن باقى صور الصورية هى أنها تتناول الصفة التعاقدية لشخص أحد المتعاقدين، ويمثلها المثال الآتى:

إذا افترضنا أن (أ) يريد أن يبرم اتفاقاً - وليكن عقد بيع مثلاً - مع (ب) ولكن لأن (أ) لا يريد أن يَظهر بمظهر الطرف الحقيقى فى هذا الاتفاق فإنه يجعل آخر وليكن (ج) يوقع هذا الاتفاق باسمه الشخصى.

ونحن هنا نكون بصدد ثلاثة اتفاقات: اثنان منهما جديان، والآخر صورى لا وجود له على النحو التالى:

١- اتفاق بين (أ) و(ج) وبموجبه يوافق هذا الأخير على إعارة اسمه للأول، وقد يكون ذلك بمقابل أو بدون مقابل، ويمكن تسمية هذا الاتفاق بـ«عقد استعارة الاسم» أو «عقد تسخير الاسم» ووسيلة هذه الاستعارة أو هذا التسخير، هى قيام المعير اسمه (أى صاحب الاسم المسخر أو المستعار) بتوقيع اتفاق قانونى بدلاً من مستعير الاسم وعملية التوقيع هذه عملية مادية بحته.

٢- اتفاق بين (أ) و(ب) وهو لب هذه العملية من أجل إبرامه يتم إبرام الاتفاقين الآخرين.

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

٣- اتفاق بين (ج) و(ب) إذ بتوقيع (ج) على الاتفاق مع (ب) بدلاً من (أ) فإنه يظهر أمام من لا يعرف حقيقة الأمر كما لو كان هو الطرف الحقيقي.

وتجدر الإشارة إلى أن كلاً من اتفاق (أ) مع (ج) واتفاق (أ) مع (ب) هما اتفاقان جديان حقيقيان في حين أن اتفاق (ج) مع (ب) هو اتفاق صوري لا وجود له في الحقيقة. هذا من ناحية ومن ناحية ثانية فإنه إذا كان اتفاق (أ) مع (ج) هو في جميع أحوال الصورية بالتسخير ذا طبيعة قانونية واحدة معروفة، فهو كما تقدم عقد تسخير اسم أو عقد استعار اسم فإن الاتفاقين الآخرين أي اتفاق (أ) مع (ب) وهو الاتفاق الحقيقي واتفاق (ب) مع (ج) وهو الاتفاق الصوري، هما من طبيعة قانونية واحدة أيًا كان نوعها التعاقدي سواء كان ضمن العقود المسماة أو غير المسماة.

وعلى ذلك فإن الصورية من خلال استعارة الاسم لها أطراف ثلاثة:

الطرف الأول (أ): وهو محور هذه العملية من الناحية القانونية إذ هو طرف في كلا الاتفاقين الحقيقيين فهو يشغل مركزين قانونيين، مستعير الاسم والمتعاقد الحقيقي مع (ب).

الطرف الثاني: (ب) وهو المشارك لـ (أ) في هذه العملية وصاحب دور فعال فيها، وإن كان يشغل مركزاً قانونياً واحداً بموجب العقد الذي أبرمه مع (أ) إذ إن ما بينه وبين (ج) هو عقد -كما تقدم صوري لا وجود له في الحقيقة.

الطرف الثالث: (ج) وهو المعير اسمه أي صاحب الاسم المستعار أو المسخر، وهو بالرغم من أهمية دوره والذي يتمثل في التوقيع على العقد باسمه مع (ب) بدلاً من (أ) فإنه لا تكون لإرادته دور في عملية التعاقد سوى في دائرة اتفاق استعارة الاسم فقط.

ويتبين مما تقدم أن الصورية من خلال استعارة الاسم تكون دوماً وليدة اتفاق وتدبير بين أطرافها.

ومن تطبيقات الصورية من خلال استعارة الاسم في القانون المصري أن يشتري شخص أرضاً باسم ابنته ويكون قصده من استعارة اسم ابنته في الشراء باسمها، أن يتفادى - لو أنه اشترى الأرض باسمه- أن يرثه غير ابنته من أقارب

لأنه ليس له أولاد ذكور، أو أن يتفادى بذلك ضريبة التركات إذا ما انتقلت الأرض بالميراث إلى ورثته[١]، أو أن يتفادى أحكام قانون الإصلاح الزراعى التى تضع حداً أقصى لملكية الفرد أو أن يتفادى ضريبة الإيراد العام، ومن أجل ذلك يقوم بشراء الأرض باسم ابنته ولا يشتريها باسمه حتى لا يزيد إيراده الشخصى فتزيد الضريبة على هذا الإيراد، ومن ذلك أيضاً أن يستأجر شخص مسكناً باسم ابنه الذى ما زال قاصراً ويتفق مع المؤجر على ذلك حتى يتفادى بذلك أحكام القانون الواردة فى القوانين ٤٩ لسنة ١٩٧٧، ١٣٦ لسنة ١٩٨١ بشأن بيع وتأجير الأماكن والخاصة بحظر استئجار الشخص أكثر من مسكن واحد فى مدينة واحدة وقد ألغى هذا النص، وحتى لا يقع تحت طائلة القانون الذى يحظر ذلك فإنه يلجأ إلى استئجار المسكن باسم ابنه حال كونه يستأجر مسكناً لنفسه، وبذلك يتفادى الحظر الوارد فى القوانين سالفة الذكر.

ومثال ذلك أيضاً أن يزمع أحد الصيادلة الذى يمتلك صيدلية باسمه الشخصى فى افتتاح صيدلية أخرى كى يوسع من دائرة نشاطه المهنى، فيتفق مع أحد الصيادلة الذى لا يمتلك صيدلية أن يفتتح هذه الصيدلية باسمه، وبذلك يستطيع ممارسة نشاطه فى هذه الصيدلية باسم زميله الذى يَظل طبقاً لأحكام قانون تنظيم مهنة الصيدلة هو صاحب النشاط الفعلى فى حين أنه ليس كذلك وبذلك يستطيع أن يتفادى الحظر الوارد فى قانون تنظيم مهنة الصيدلة رقم ١٢٧ لسنة ١٩٥٥ التى تحظر على الصيدلى أن يتملك أكثر من صيدلية واحدة.

ومن تطبيقات الصورية من خلال استعارة الاسم فى القانون الفرنسى أن يتلقى الطبيب من مريضة هبه باسم مستعار، ويكون قصده (أى الطبيب) من استعارة الاسم أن يتفادى - لو أنه تلقى الهبة باسمه شخصياً- بطلان الهبة طبقاً للمادة ٩٠٩ مدنى فرنسى التى تقضى بعدم أهلية الطبيب فى تلقى أى هبة من مريضه أثناء مرض موته، فهنا لا يتصور تكوين عقد الهبة من خلال فكرة الصورية النسبية بطريق الاسم المستعار إلا إذا وافق المريض (وهو الواهب) على

---

١) هذه الأمثلة من تطبيقات الصورية من خلال استعارة الاسم ضربها الأستاذ الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى فى كتابه الوسيط فى شرح القانون المدنى جـ٧ صـ٨٠٥ هامش رقم ١.

ذلك وعندئذ يحصل الطبيب من الواهب على ورقة ضد تفيد بأنه (أى الطبيب) هـــو الموهوب له الحقيقى[١].

ويتضح من هذه الأمثلة أن ثمة تصرفين مختلفـــين مـــن حيـــث شخـــصية الأطراف فيهما أحد التصرفين ظاهر والآخر خفى، أما التصرف الظاهر فطرفـــاه الاسم المستعار والغير المتعاقد معه وأما التصرف الخفى فطرفاه العاقدان الحقيقيان للتصرف وهما المستعير للاسم والغير.

وواضح أيضاً أن إرادة الاسم المستعار ليس لها أى دور فى تكـــوين العقـــد فهذه الإرادة وإن كانت تبدو فى الظاهر أنها تساهم فى عملية تكوين العقـــد، إلا أن حقيقة الأمر أن إرادة المستعير للاسم هى التى تساهم فى هذا التشييد، وبالتالى فإن دور الاسم المستعار يقتصر على المشاركة المادية فقط وهى أن يوقع علـــى العقـــد المزمع إبرامه دون أن يشترك فى وضع أسسه أو بنوده أو شروطه[٢].

وفى تقديرنا أن معيار التفرقة بين الصورية من خلال استعارة الاسم والتعاقد بطريق التسخير أو الاسم المسخر يكمن فى الإرادة التى ساهمت بالفعل وبطريقـــة إيجابية فى تكوين العقد المبرم بين الوكيل المسخر والغير، فإذا كانت إرادة المستعير للاسم هى التى ساهمت فى تكوين العقد بالفعل واقتصر دور الاسم المستعار علـــى مجرد التوقيع على العقد – الدور المادى – فإن هذا التصرف يتم تكييفه على أنـــه صورية نسبية بطريق الاسم المستعار، أما إذا كانت إرادة الوكيل المسخر لها الدور الفعال والإيجابى فى تكوين العقد فإنه يتم تكييف هذا التصرف على أنه تعاقد بطريق التسخير بغض النظر عما إذا كان المتعاقد مع الوكيل المسخر يعلم حقيقة أو حكمـــاً باتفاق الاسم المسخر أو التسخير وبغض النظر فى حالة العلم عن مصدر هذا العلم.

وبناء على ذلك إذا ما ساهم الوكيل المسخر بإرادته – بطريق مباشر أو غير مباشر – فى العلم بصفته فالوكالة تعتبر مكشوفة بالنسبة لمن ساهم معه فى تـــشييد العقد وتخضع لحكم المادة ١٠٥ مدنى، لأننا نكون بصدد تطابق بين التعبيـــر عـــن الإرادة ومحتوى القصد بشأن الصفة فى التعاقد ويعتبر هذا الأخير قـــد تـــم باســـم الموكل.

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد العزيز المرسى حمود – المرجع السابق صـــ٣٠، ٣١.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـــ٢٤٨، ٢٤٩.

وعلى ذلك فإن ما يذهب إليه جانب من الفقه والقضاء إلى أن الوكالة بالتسخير تعد أحد تطبيقات الصورية النسبية التى ترد على الاسم[1] فيه هدم للصورية من الناحية الفنية والقانونية لأن صاحب الاسم المستعار لا يعدو أن يكون مجرد أداه تستخدم فى تكوين العقد وبالتالى لا يشارك بإرادته مشاركة فعلية وواقعية فى إبرام العقد، نظراً لأن دوره الرئيسى ينحصر فى التوقيع باسمه الشخصى على العقد وهو ما لا يتحقق فى التعاقد بطريق الوكالة بالتسخير، ذلك لأن الاسم المستعار لا يعلم به الغير المتعاقد مع المستعير للاسم، لأن دوره يقتصر على التوقيع على العقد المتضمن التصرف المطلوب إجراؤه، وبالتالى فإن الغير لا يعرفه بالمرة كما أنه ليس هناك اتفاق بين المستعير للاسم والغير على أن يستعير الأول الاسم المستعار فى هذا التصرف.

وإذا كان هناك تشابه بين الصورية من خلال استعارة الاسم والوكالة بالتسخير فإن هذا التشابه ينحصر فى الصفة فى التعاقد، إلا أن الصورية من خلال استعارة الاسم تقتضى وجود اتفاق بين طرفى العقد على أن يستعير أحدهما اسم شخص من الأغيار بحيث يظهر هذا الأخير أمام الناس على أنه الطرف الحقيقى فى العقد، وأن ذمته المالية هى التى سوف تتأثر بثمار العقد فى حين أنه ليس كذلك، ومعنى ذلك أن الصورية التى ترد على الاسم لها مفهوم قانونى محدد لأنها تنصب على الصفة فى التعاقد وأنها تقتضى وجود اتفاقين مستقلين: أحدهما يتم تكوينة بين صاحب الاسم المستعار والمستعير للاسم، وأن إرادة كل منهما يكون لها دور فعال وإيجابى فى عملية تكوين العقد. وثانيهما: بين الشخص الذى يستعير الاسم وأحد الأغيار وتبدو أهمية هذا الاتفاق متى كان المستعير للاسم يبغى شراء شئ معين بنظام التقسيط، ففى هذه الحالة لا يمكن تكوين عقد البيع من خلال فكرة الصورية إلا إذا وافق البائع على ذلك، وفى هذه الحالة يحصل هذا الأخير على ورقة ضد تضمن له حقه فى الحصول على الأقساط من المشترى الحقيقى من خلال الرجوع عليه وجدير بالذكر أن صاحب الاسم المستعار لا يكون له دور فى إبرام عقد البيع

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل - المرجع السابق صـ٢٦٤، نقض مدنى جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤ الطعن رقم ٦٤٨ لسنة ٤٩ق، الطعنان رقم ٢٤٣٧، ٢٤٦٦ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٣/٥/٣.

كما سبق القول، فإرادته وإن كانت تبدو من حيث الظاهر أنها تساهم في عملية التكوين إلا أن حقيقة الأمر خلاف ذلك، لأن واقع الأمر أن إرادة مستعير الاسم هي التي تساهم في عملية تكوين العقد، ومن ثم فإن هذه الإرادة هي التي تكون محل اعتبار فيما يتعلق بعيوب التراضي وأثر العلم أو الجهل ببعض الظروف الخاصة.

وإذا كان صاحب الاسم المستعار يقوم بالتوقيع على العقد باسمه الشخصي، وقد يساهم – في بعض الأحوال – في نقل التعبير من مستعير الاسم إلى الغير الذي يشارك معه في تكوين العقد، وبالرغم من ذلك فإنه لا يعدو أن يكون في هذه الحالة رسولاً أو ناقلاً للتعبير ومن ثم فإنه لا يكتسب –في حقيقة الأمر– صفة الطرف بالمفهوم الشكلي لأن هذا المفهوم لا يستمد من عملية التوقيع على العقد والتي لا تعدو أن تكون عملاً مادياً بحتاً كما سبق القول، بل إنه يرتبط بعملية المشاركة الفعلية في إبرام العقد بمعنى أنه يتطلب وجود دور للقصد – من خلال التعبير– في عملية البناء وهذا يحول دون اعتبار التعاقد بطريق التسخير أحد تطبيقات الصورية النسبية التي ترد على الاسم، لأن الوكيل المسخر يساهم بإرادته مع الأغيار في إبرام العقد وعلى ذلك إجماع الفقه والقضاء[1].

ولقد استقر الفقه والقضاء على أن الإرادة تتميز بأنها تنشئ الأثر القانوني ليس في حق صاحبها فحسب كما هي القاعدة، ولكن في حق شخص آخر هو الموكل ومن ثم فإنه يعتد – كأصل عام– بإرادة الوكيل[2] وليس بإرادة هذا الأخير

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل – المرجع السابق– صـ١٣٩، ١٤٠، دكتور/ حمدي عبد الرحمن – المرجع السابق صـ١٦٤، دكتور/ عبد الحي حجازي –المرجع السابق صـ٧٥٩، دكتور/ محمد شكري سرور – المرجع السابق – صـ١١٩، ١٢٠، نقض مدني جلسة ١٩٩١/٥/٢٢ الطعن رقم ٢١٥٠ لسنة ٥١ق، الطعن رقم ٤٨٦٤ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٥/٣/٢٣، الطعن رقم ٥٥٧٦ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٧/١١/١.

٢) راجع في ذلك: دكتور/ جمال مرسي بدر – الرسالة السابقة – صـ٨ ومابعدها، دكتور/ حمدي عبدالرحمن – المرجع السابق صـ١٦٠، ١٦١، دكتور/ سليمان مرقص – المرجع السابق صـ٢٣٠، ٢٣١، دكتور/ سمير عبد السيد تناغو – المرجع السابق صـ١١٦، ١١٧، ١١٨، دكتور/ عبد الحي حجازي – المرجع السابق صـ٧٥١، دكتور/ عبد الرزاق السنهوري – نظرية العقد (مشار إليه سابقاً) صـ٢١٢، ٢١٣، ٢١٤، دكتور/ عبد الفتاح عبد الباقي – المرجع السابق – صـ٢٠٠، ٢٠٣، دكتور/ مصطفى الجمال – المرجع السابق صـ٢٧٨، ٢٧٩، ٢٨٠،–

فيما يتعلق بعيوب التراضي وأثر العلم أو الجهل ببعض ظروف التعاقـد الخاصـة وهو ما اعترف به المشرع صراحة حيث أحال بشأن آثار العقد الذى يتم من خلال فكرة الوكالة العادية إلى النيابة فى التعاقد دون أن يفرق فـي ذلـك بـين الوكالـة المكشوفة والمستترة والتي من بينها الوكالة بالتسخير، وبمطالعة هذا الـنص الـذى تمت الإحالة إليه نجد أن عباراته جاءت عامة مما يستوجب صـرف حكمـة إلـى الوكالة المكشوفة والمستترة فقد ورد فى نص المادة ١٠٤ مدنى أنه «إذا تم العقـد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظـر فى عيوب الإرادة أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بهـا حتماً...».

وبناء على ذلك فالوكيل المسخر يكتسب صفة الطرف بالمفهوم الشكلى وذلك يحول دون القول بالصورية التى ترد على الاسم فى العقد الـذى يـساهم الوكيـل المسخر فى إبرامه مع أحد الأغيار لأن إرادة الوكيل وليست إرادة الموكل هى التى تشارك فى إبرام العقد.

ومن الجدير بالذكر أن الصورية من خلال استعارة الاسم تكون دائماً وليـدة اتفاق وتدبير بين أطرافها وعلى ذلك يمكن القول بتحققها متى تـوافرت الـشروط الآتية:

أولاً: أن يوجد عقد استعارة اسم يبرم بين أحد أطراف التعاقد وأحد الأغيار على أن يستعير الأول اسم الأخير فى إبرام عقد معين.

ثانياً: أن يوجد عقدان آخران تتحد فيهمـا الماهيـة والأركـان والـشروط والموضوع ولا يختلفان إلا من حيث شخص أحد المتعاقدين وهما العقد المبرم بين المستعير للاسم والمتعاقد الآخر والثانى العقد المبرم بين الاسم المستعار والمتعاقـد الآخر.

ثالثاً: أن يكون هذان العقدان متعاصرين فيصدران معاً فى وقت واحد ويكفى هنا المعاصرة الذهنية أى المعاصرة التى انعقد عليها قصد المتعاقـدين ولا يلـزم المعاصر المادية.

-نقض مدنى ١٩٨٩/٥/٣١ الطعن رقم ١١٥٥ لسنة ٥٤ق، الطعن رقم ٢١٥٠ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٢، الطعن رقم ٤٨٦٤ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٥/٣/١٣.

رابعاً: أن يكون أحد هذين العقدين ظاهراً وهو العقد الصوري، ويكون الآخر مستتراً وهو العقد الحقيقي.

ويقول العلامة الأستاذ الدكتور/ السنهوري بصدد تحديد منطقة الصورية ومجالها عموماً «وأكثر ما تكون الصورية في العقود ولكن هذا لا يمنع من أن تكون في التصرف القانوني الصادر من جانب واحد بشرط أن يكون هذا التصرف موجهاً «إلى شخصاً» معين... وكما تكون الصورية في العقود والتصرفات يصح أيضاً أن تكون في الأحكام»(١).

إلا أن الرأى عندنا أنه في خصوص الصورية من خلال استعارة الاسم فإنه من المتعذر تصورها في مجال الأحكام، وعلى ذلك فإن مجال الصورية ينحصر في العقود وكذلك في التصرف القانوني الصادر من جانب واحد شريطة أن يكون هذا التصرف موجهاً إلى شخص معين، كما هو الحال في القانون الفرنسي حيث يحظر القانون على الطبيب أن يتلقى هبة من مريضة مباشرة فيلجأ الطبيب في سبيل ذلك إلى استعارة اسم أحد الأغيار، لتلقى هذه الهبة باسمه (أى الاسم المستعار) وذلك تفادياً للحكم بالبطلان على هذا التصرف فيما لو تلقى هذه الهبة مباشرة باسمه وذلك إعمالاً للمادة ٩٠٩ مدنى فرنسي.

والسؤال المطروح هو ما الذى يدفع أطراف الصورية بالتسخير إلى تعقيد الأمر على هذا النحو؟ ولماذا لم يتعاقد المستعير للاسم مباشرة مع المتعاقد الآخر وما الذى يجعله يبرم تعاقداً مع الاسم المستعار لكى يوقع العقد مع المتعاقد الآخر بدلاً منه...؟.

إن التعاقد بطريق الصورية من خلال استعارة الاسم ليس مقصوداً لذاته وإنما يكون الغرض من هذا التعاقد هو التغلب على مانع قانوني أو أدبي لدى مستعير الاسم يحول دون ظهوره بمظهر المتعاقد الحقيقى مع الطرف الآخر، ولكن لا يوجد بالطبع اعتبار شخصى يحول دون تعاقد المستعير للاسم مع المتعاقد الآخر لأن العملية برمتها كما سبق القول تكون وليدة اتفاق وتدبير بين الأطراف الثلاثة.

وللموانع القانونية صور عديدة منها على سبيل المثال:

١- بخصوص الشفعة كسبب من أسباب الملكية، فإنه في حالة التزاحم بين

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهوري -المرجع السابق ص١٤٠٠، ١٤٠١.

شفعاء من طبقة واحدة فإنه وفقاً لنص المادة ٩٣٧ مدنى يفضل المشترى لو كان شفيعاً. فلو تصورنا أن الطرف (أ) فى مثالنا السابق هو المشفوع منه (المشترى الحقيقى)، وأن الطرف (ب) هو المشفوع عنده (بائع العقار المشفوع فيه)، والطرف (ج) هو المشفوع منه الصورى (أى المشترى الصورى) حيث يعير اسمه (أ) ليمنع باقى من تتوافر فيهم شروط الأخذ بالشفعة من ذات طبقته منها نظراً لكون (ج) هو الآخر تتوافر فيه ذات الشروط.

٢- حدد المشرع بموجب المادة الأولى من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ الحد الأقصى الذى لا يجوز أن تتجاوزه ملكية الفرد من الأراضى الزراعية والأراضى البور بمقدار خمسين فداناً، وكذلك ملكية الأسرة منها بمقدار مائة فدان، كما وضع المشرع بموجب القانون ١٤٣ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٨ تنظيماً خاصاً للحد الأقصى للملكية فى الأراضى الصحراوية[1].

وفى هذا الصدد نجد أن رغبة أحد الأفراد فى تملك أراضى تزيد عن الحد الأقصى المقرر له قانوناً قد تدفعه إلى تسخير شخص غيره ليوقع بدلاً منه على عقد تملكه لما يجاوز الحد الأقصى فى حين يكون مستعير الاسم هو المالك الحقيقى للأرض والمستغل لها.

٣- ما نصت عليه المادتان ٤٧١، ٤٧٢ مدنى فى شأن حظر بيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاء[2]، فقد يحاول أحد الأشخاص المخاطبين بنص هاتين المادتين الخروج من دائرة الحظر الذى تفرضه عن طريق تسخير شخص آخر وبالتواطؤ مع الطرف الثالث مع المعير اسمه.

٤- ما نصت عليه المادتان ٤٧٩، ٤٨٠ مدنى بصدد حظر بيع النائب لنفسه[3] فقد يعمد النائب إلى شراء ما نيط به بيعه وكذلك قد يفعل السمسار أو الخبير فيما عهد إليهم من أموال لبيعها أو لتقدير قيمتها وتكون وسيلتهم للتغلب على ما يفرضه المشرع من حظر أن يشتروا هذه الحقوق من خلال اسم مستعار وأما

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ مجدى حسن خليل - القانون الزراعى ١٩٩٧□ صـ٤٩، ٥٠، ٥٤.
٢) راجع فى ذلك: نص المادة ٤٧١، ٤٧٢ مدنى وكذلك دكتور/ عبد الرزاق السنهورى الوسيط جـ٤ الطبعة الثانية صـ٢٦٧ ومابعدها.
٣) راجع نص المادتين ٤٧٩، ٤٨٠ مدنى.

عن مدى مشروعية الصورية من خلال استعارة الاسم متى كان يراد بهـا التغلب على مانع قانونى فالرأى عندنا أنه يجب بحث كل حالة على حدة وبناء عليـه فلـو تتبعنا على سبيل المثال الأمثلة المتقدم ذكرها لوجدنا الآتى:

(١) أنه فى المثال الأول فإن نهج الأطراف: (أ) المشترى الحقيقى و(ب) البائع و(ج) المشترى الصورى سبيل الصورية بالتسخير لا ينال من صحة تعاقد (أ) مع (ب) – طالما توافرت فيه الأركان والشروط التى يتطلبها المشرع وفقاً للقواعد العامة غاية ما فى الأمر أن أفضلية (ج) على باقى الشفعاء من ذات طبقته ستزول إذا استطاع أى منهم إثبات صورية العقد بين (ب) و(ج) إذ يكون لهم الاعتداد بالعقد الحقيقى بين (أ)، (ب) لأن مصلحتهم تقتضى ذلك.

(٢) أما فى المثالين الثانى والثالث فيكون العقد الحقيقى باطلاً بطلاناً مطلقاً لمخالفته لقاعدة آمرة تتعلق بالنظام العام.

(٣) أما فى المثال الرابع فيكون العقد باطلاً بطلاناً نسبياً لمصلحة الأصيل إذ خول له المشرع بصراحة نص المادة ٤٨١ مدنى حق إجازة هذا البيع.

ومن أمثلة الموانع الأدبية:

وقد توجد موانع أدبية لدى المستعير للاسم تحـول دون ظهـوره بمظهـر المتعاقد الحقيقى مع الطرف الآخر وهو المتعاقد مع الاسم المستعار، والتـى كـان التغلب عليها هو الغرض من اللجوء إلى الصورية بالتسخير فإنهـا لا تقـع تحـت حصر ولكنها دوماً تتعلق بطائفة الأغيار ممن يخشى المستعير للاسم من معـرفتهم بحقيقة الأمر لما بينه وبينهم من روابط، قد تكون روابط أسرية أو رابطة دائنيه أو غيرها من روابط العمل والمنافسة.

ومن أمثلة الروابط الأسرية التى تشكل مانعاً أدبياً أن يكون لشخص مبلغ من المال طرف آخر يمت له بصلة قرابة، ويرغب فى اقتضائه منه، غير أنـه نظـراً لرابطة القرابة التى تشكل مانعاً أدبياً يحول دون مطالبته فيلجأ فى سبيل ذلك إلـى عقد حوالة حق مع أحد الأغيار إعمالاً للمادة ٣٠٣ مدنى، والتى بموجبه يـستطيع إقتضاء هذا الحق دون أن يظهر هو فى الحقيقة على أنه صاحب الحق ونفس الحال فى رابطة الدائنيه: فمثلاً إذا كان (أ) و(ج) شخصين كل منهما دائن ومدين للآخر فيمكن لأحدهما، وليكن (أ) أن يحول حقه فى ذمة آخـر ولـيكن (ب) كمـسخر ليتفادى بذلك دفع (ج) بالمقاصة.

ومثال رابطة العمل أن يكون (أ) صاحب لحق متنازع فيه ونظراً لأنه لا يرغب فى الظهور باسمه فى المنازعات القضائية لأن ذلك سوف يؤثر عليه سلباً، فإنه يسخر آخر وليكن (ب) لكى يتولى اتخاذ الإجراءات القضائية باسمه.

ومن أمثلة المنافسة التى تعد أحد الموانع الأدبية بأن يكون (أ) بائعاً لمحل تجارى للمشترى (ج) وبالتالى يكون ملزماً قبله بشرط عدم المنافسة إلا أنه يكون مخلاً بالتزامه إذا هو سخر شخصاً آخر وليكن (ب) فى شراء وافتتاح محل تجارى آخر ينافس المحل الأول دون أن يبرز وكالته ودون أن يعلم المتعاقد معه بها.

وبالتالى فإن التغلب على المانع القانونى والأدبى ليس مقصوداً لذاته كغرض للصورية من خلال استعارة الاسم، وإنما المصلحة المادية والأدبية التى تعود على أطراف الصورية بالتسخير من وراء التغلب على هذا المانع هو الهدف والمراد الحقيقى ولاسيما بالنسبة لمستعير الاسم باعتباره محور العملية من الوجهتين القانونية والاقتصادية، ويأتى فى المرتبة الثانية المتعاقد مع المستعير للاسم، وأخيراً بالنسبة لصاحب الاسم المستعار بحسب ما إذا كانت إعارته لاسمه بمقابل أو بدون مقابل.

الفرع الرابع

النتائج السلبية المترتبة على تطبيق أحكام الصورية على الوكالة بالتسخير

للتفرقة بين الوكالة بالتسخير والصورية من خلال استعارة الاسم أهميتها من الناحية العملية، وتبدو هذه الأهمية فى الفرض الذى لا يعلن فيه الوكيل المسخر – صراحة أو ضمناً – عن حقيقة صفته فى التعاقد للمتعاقد معه، وفى نفس الوقت لا يعلم هذا الأخير – حقيقة أو حكماً – بأنه يتعاقد مع وكيل مسخر يعمل لحساب شخص محدد وعلى ذلك ينبغى التفرقة والفصل بين نظامى الصورية بالتسخير والوكالة بالتسخير، هذه التفرقة التى تتفق مع إرادة المشرع لأن النصوص القانونية تنطق بها، وبناء على ذلك إذا ما اعتبرنا أن التعاقد بطريق الوكالة بالتسخير من قبيل الصورية وبالتحديد الصورية من خلال استعارة الاسم – كما يرى بعض الفقه وكما ذهب القضاء[1] – فثمة نتائج خطيرة تترتب على هذا الرأى يمكن تلخيصها فى التالى:

أولاً: أنه فى الفرض الذى يستوى فيه لدى المتعاقد مع الوكيل المسخر أن يتعاقد مع هذا الأخير أو مع الموكل، إذا لم يكن جهله بأن الوكيل المسخر يتعاقد بصفته وكيلاً مسخراً نتيجة تقصير من جانبه – أى لا يمكن نسبة العلم الفعلى أو الحكمى – بصفته الحقيقية فى التعاقد إليه، فإن تطبيق قواعد الصورية يؤدى إلى القول بأن مثل هذا المتعاقد يكون حسن النية مما يخوله الحق فى الخيرة ما بين التمسك بأى من العقدين الحقيقى (أى عقد الوكالة) فيرجع على الموكل، أو العقد الصورى (المبرم بين الموكل والوكيل المسخر) فيرجع على الوكيل وذلك وفق ما تقتضيه مصلحته الشخصية، وهذا ينطوى على مخالفة صريحة لحكم نص المادة ١٠٦ مدنى والذى ينص على أنه «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ حمدى عبد الرحمن- المرجع السابق صـ١٧٠، دكتور/ عبد الرزاق السنهورى- الوسيط- جـ٢ المجلد الثانى- الطبعة الثانية- صـ١٤١٤، نقض مدنى جلسة ١٩٨٩/٥/٣١ الطعن رقم ١١٥٥ لسنة ٥٥ق، الطعنان رقما ٢٤٣٧، ٢٤٦٦ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٣/٥/٣، الطعن رقم ٦٤ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٢١، الطعن رقم ٤٨٦٤ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٥/٣/٢٣، الطعن رقم ٥٥٧٦ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٧/١١/١.

بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب». ويستفاد من هذا النص أن المشرع قرر بموجب هذا النص قيام الرابطة العقدية وبقوة القانون بين المتعاقد مع الوكيل المسخر والأصيل مباشرة، حتى ولو كان المتعاقد حسن النية بالمفهوم الشخصى متى انتفت منذ البداية مصلحته فى تحديد الشخص الذى تتأثر ذمته المالية بآثار العقد، ويختفى النائب ويكون ذلك بأثر رجعى ومن ثم لا يجوز لمن شارك معه فى إبرام العقد الرجوع عليه حتى ولو ظهرت له فىَ أثناء مرحلة تنفيذ العقد مصلحة فى ذلك.

ومن الجدير بالذكر أن الرابطة العقدية التى تقوم بين المتعاقد مع الوكيل المسخر والأصيل تكون فى هذه الحالة موجودة وقائمة بمفهومها الفنى، وإن ما دفع المشرع إلى تقرير هذا الحكم هو توفير الحماية الفعالة للأصيل واستقرار المعاملات فى المجتمع، ولاشك أن تخويل المتعاقد مع الوكيل المسخر الاستفادة فى هذا الصدد من أحكام الصورية يترتب عليه اهدار قيمة هذا الحكم، فضلاً عن إنكار الحماية الفعالة للأصيل فى نفس الوقت لأنه يدخل فى طائفة الأغيار بالنسبة للعلاقة القانونية الموجودة بين الأصيل والنائب، ونظراً لأنه يكون فى هذا الفرض حسن النية، طالما أنه لم يعلم حقيقة أو حكماً باتفاق التسخير فإنه يمكنه الرجوع على الأصيل أو الوكيل المسخر وفق ما تقتضيه مصلحته الشخصية[1]، ولا شك أن رجوع المتعاقد مع الوكيل المسخر على هذا الأخير يستفاد منه قيام الرابطة العقدية بينهما ويصبح بالتالى الأصيل أجنبياً عن آثار الرابطة العقدية، وهذا من شأنه أن يؤدى إلى الإضرار بالأصيل، ويبدو ذلك واضحاً إذا تمسك دائنو الوكيل المسخر بانصراف آثار العقد فى ذمة مدينهم إعمالاً لقواعد الصورية، ففى هذه الحالة لا يكون أمام الأصيل سوى الرجوع على الوكيل المسخر والدخول مع باقى الدائنين فى قسمة الغرماء، بالرغم من أن تطبيق الحكم الوارد بنص المادة ١٠٦ مدنى يحول دون الدخول فى هذه القسمة، لأن آثار العقد لا تمر – إعمالاً لقواعد النيابة فى التعاقد – بذمة الوكيل المسخر بل تنصرف مباشرة فى ذمة الأصيل.

ثانياً: أن القول بأن المتعاقد مع الوكيل المسخر إذا لم يكن يعلم – حقيقة أو

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢٥٨.

حكماً – بصفة الوكيل المسخر الحقيقية فى التعاقد وعما إذا كان يتعاقد بصفته نائباً عن شخص محدد أو يتعاقد لحسابه الشخصى، فإنه طبقاً لأحكام الصورية يكون المتعاقد مع الوكيل المسخر حسن النية مما يخوله الحق فى ممارسة حق الخيرة ما بين التمسك بالعقد الحقيقى أو العقد الصورى وفق ما تقتضيه مصلحته الشخصية، وهذه النتيجة تعد غير مقبولة على الاطلاق ولا يمكن التسليم بها، لأن المشرع المصرى قد نص فى المادة ١٠٦ مدنى صراحة على أنه متى كان يستوى لدى المتعاقد مع الوكيل المسخر التعاقد مع هذا الأخير أو مع الأصيل، فإن العلاقة التعاقدية تنشأ وبقوة القانون بين المتعاقد مع الوكيل المسخر والأصيل ومن ثم فإن الآثار المترتبة على هذه العلاقة تنصرف فى ذمة كل منهما، وذلك بغض النظر عما إذا كان المتعاقد مع الوكيل المسخر حسن النية أم ليس كذلك، وكذلك دون الاعتداد بما إذا كان من الممكن نسبة العلم الحكمى بصفة الوكيل المسخر الحقيقية فى التعاقد إليه من عدمه.

وعلى هذا النحو فإن تطبيق أحكام الصورية على الفرض الذى يستوى فيه لدى المتعاقد مع الوكيل المسخر التعاقد مع هذا الأخير أو الأصيل إذا كان لا يعلم – حقيقة أو حكماً بصفة الوكيل المسخر الحقيقية فى التعاقد، يؤدى إلى إهدار قيمة ما نص عليه المشرع صراحة فى المادة ١٠٦ مدنى وبالتالى إهدار المركز القانونى الذى قرره المشرع للموكل، وتقرير أولوية للمتعاقد مع الوكيل المسخر بموجب حق الخيرة، وكل هذا دون مبرر أو سند من القانون أو العدالة، كذلك لا محاجاة بالقول بما قضت به محكمة النقض الفرنسية بأنه «يجوز تطبيق قواعد الصورية بطريق التستر، فيجوز للغير إذا كان لا يعلم بالتسخير وقت التعاقد مع المسخر ثم علم به بعد ذلك، أن يطعن فيه بالصورية فيكشف بذلك عن الحقيقة ومؤداها أن المسخر ليس إلا وكيلاً عن الأصيل المستتر»[1]، وسانده جانب من الفقه فى فرنسا، لأن التشريع الفرنسى لا يتضمن نصاً مماثل لنص المادة ١٠٦ من القانون المدنى المصرى.

ثالثاً: أنه فى الفرض الذى يكون فيه المتعاقد مع الوكيل المسخر قد عول على الاعتبار الشخصى فى التعاقد وقصد التعاقد مع هذا الأخير، فى حين أن قصد

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢٤٣ هامش ٤٨١.

الوكيل المسخر قد انصرف نحو التعاقد لمصلحة الأصيل، فإنه يكون قد وقع في غلط جوهرى فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته وبذلك يمكنه أن يطلب إبطال العقد وفقاً لما تنص عليه المادة ١٢٠ من القانون المدنى، كذلك يكون للمتعاقد مع الوكيل المسخر إلزام الأخير بالتعويض عن الأضرار التى لحقت به من جراء ذلك وذلك وفقاً للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية وإعمالاً للمادة ١٦٣ مدنى، إلا أن تطبيق أحكام الصورية على الوكالة بالتسخير سيحول دون تحقيق ذلك، وسيؤدى إلى حرمان المتعاقد مع الوكيل المسخر من الحماية التى قررها له القانون ويهدر مركزه القانونى، إذ لن يكون له سوى حق الخيرة بين العقدين: العقد الحقيقى فتقوم العلاقة بينه وبين الموكل، أو الصورى فيرجع على الوكيل ولكن فى كلتا الحالتين سيكون ذلك وفقاً لقواعد المسئولية العقدية مما يشكل جبراً على الاستمرار فى علاقة تعاقدية إما مع من لم يرد التعاقد معه أصلاً وهو الموكل، أو مع من تسبب فى وقوعه فى غلط جوهرى وهو الوكيل المسخر وهذا يتنافى مع موجبات حسن النية فى التعاقد، مما يعد إهداراً لمبدأ حرية التعاقد المنبثق من مبدأ سلطان الإرادة وهو الأمر الذى لم يبغيه المشرع، وعلى ذلك فإن تطبيق أحكام الصورية على التعاقد بطريق الوكالة بالتسخير سيؤدى إلى إهدار قيمة نص المادتين ١٠٦، ١٢٠ من القانون المدنى ويؤدى إلى ضياع المركز القانونى لكل من الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر.

رابعاً: أن تطبيق أحكام الصورية على التعاقد بطريق الوكالة بالتسخير من شأنه أن يؤثر على الحقوق القانونية المقررة للنائب بمقتضى حكم القواعد العامة، فإذا كان المتعاقد مع الوكيل المسخر لم يعلم – حقيقة أو حكماً – بصفة الوكيل المسخر الحقيقية فى التعاقد، والتى لو علم بها منذ بداية التعاقد لما أقدم على إبرام هذا العقد، فقد أعطى القانون للمتعاقد مع الوكيل المسخر الحق فى جواز طلب إبطال العقد مع التعويض للغلط فى الصفة إذا كان المتعاقد يعول عليها إعمالاً للمادة ١٢١ مدنى، على أنه يجوز للنائب أن يتفادى طلب الإبطال وذلك عن طريق إبداء رغبته للمتعاقد مع الوكيل المسخر فى أن تنصرف آثار العقد فى ذمته المالية وذلك عملاً بالمادة ١٢٤ مدنى، وإبداء الوكيل المسخر رغبته على هذا النحو يتفق مع ما انصرف إليه قصد المتعاقد معه منذ البداية. وعلى اعتبار أن النائب يكتسب صفة

الطرف بالمفهوم الشكلي لأنه يشارك بإرادته مشاركة إيجابية وفعالة في إبرام العقد، وبالتالي يمكنه التمسك بحكم نص المادة ١٢٤ مدني من أجل أن يتجنب دعوى البطلان والآثار المترتبة عليها، وبناء على ذلك فإذا أبدى النائب رغبته في أن تتصرف آثار العقد في ذمته المالية مباشرة يترتب عليه انتفاء المصلحة في طلب البطلان، فضلاً عن أنه يكتسب صفة الطرف بالمفهوم المادي الموضوعي لأنه سوف يتلقى آثار العقد في ذمته المالية ويطبق مبدأ القوة الملزمة للعقد اعتباراً من هذا التاريخ[1].

خامساً: أن تخويل المتعاقد مع الوكيل المسخر حق الرجوع على الموكل طبقاً لأحكام الصورية، إذا كان لا يعلم – حقيقة أو حكماً – بمضمون قصد الوكيل المسخر بشأن صفته الحقيقية في التعاقد، فإنه يجب أن يطبق هذا الحكم على العلاقات التعاقدية التي تتم من خلال فكرة الوكالة بالعمولة ذلك لأن الوكيل بالعمولة يتعاقد وفقاً للنظام القانوني لها مع الأغيار باسمه الشخصي وليس باسم الموكل، الأمر الذي يترتب عليه هدم المفهوم الفني للوكالة بالعمولة ويجعل التعاقد من خلالها عديم الفائدة. وهو الأمر الذي لم يقصده المشرع والتي انصرفت إرادته إلى وضع أحكام خاصة بالوكالة بالعمولة تتمشى مع الفلسفة التي يقوم عليها، ولو كان المشرع يقصد غير ذلك لكان قد وضع نص يشير فيه إلى الإحالة لإحكام الصورية بشأن آثار العقد الذي يتم من خلال فكرة الوكالة بالعمولة[2]. وعلى ذلك فإن ضرورة الاستقامة القانونية وإعمال نصوص التشريع كل في مجاله يقتضي استبعاد قواعد الصورية من مجال الوكالة بالتسخير استبعاداً تاماً ومطلقاً.

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢٥٩.

٢) راجع في ذلك: دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢٥٩.

الفصل الثانى
آثار تصرفات الوكيل المسخر ومن فى حكمه

عرض وتقسيم:

لقد تعرضت فكرة الوكالة بالتسخير لصعوبات شديدة وخلاف فى الرأى بشأن أثر علم الغير المتعاقد بها من غير طريق الوكيل المسخر الذى شارك معه فى إبرام العقد، فقد احتدم الخلاف وثار الجدل فى الفقه والقضاء بشأن هذه المسألة، فذهب جانب منهم إلى انصراف آثار العقد الذى يبرمه الوكيل المسخر من خلال فكرة الوكالة بالتسخير إلى ذمته، وذهب جانب ثان إلى أن انصراف آثار العقد فى ذمة الأصيل يكون متوقفاً على قصد المتعاقد مع الوكيل المسخر، فى حين ذهب جانب ثالث إلى خضوع آثار تصرفات الوكيل المسخر لحكم نص المادة ١٠٦ مدنى، وأن واقعة العلم بفكرة التسخير تنتج آثارها الطبيعية بغض النظر عما إذا كان سبب عدم الإفصاح عن الصفة فى التعاقد يرجع إلى تعمد أو إهمال.

ولاشك أن اضطراب الفقه والقضاء بخصوص هذه المسألة يعود إلى عدم الوقوف والتدقيق فى مضمون النصوص القانونية التى تنظم الوكالة العادية والتى وردت فى القانون المدنى المصرى والذى يعتد بنظرية الإرادة الباطنة، والفصل بينها وبين النصوص القانونية التى وردت فى التشريعات الأخرى التى اعتدت بنظرية الإرادة الظاهرة، فضلاً عن عدم الفصل بين الوكالة بالتسخير والصورية من خلال استعارة الاسم من جانب بعضهم رغم أن إرادة المشرع قد انصرفت إلى وجوب الفصل بينهما.

وعلى ذلك نعرض فى هذا المقام وجهة نظر كل فريق فى ضوء التنظيم القانونى للوكالة العادية، وأحكام العقد طبقاً للتنظيم التشريعى المنظم لذلك، ولتوضيح ذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: موقف الفقه والقضاء بشأن آثار تصرفات الوكيل المسخر.

المبحث الثانى: طبيعة العلاقة بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر.

المبحث الأول

موقف الفقه والقضاء بشأن آثار تصرفات الوكيل المسخر

عرض وتقسيم:

لقد ثار الجدل والنقاش واحتدم الخلاف في الفقه والقضاء بشأن آثار تصرفات الوكيل المسخر، حيث ذهب جانب منهم إلى تجريد واقعة العلم من أثرها القانوني متى كان العقد تم تكوينه من خلال فكرة الوكالة بالتسخير، أي بانصراف آثار العقد إلى الوكيل المسخر.

في حين ذهب جانب آخر إلى أن إنتاج هذه الواقعة لآثارها يكون متوقفاً على قصد الغير الذي تعاقد مع الوكيل المسخر، وذهب جانب ثالث إلى أن هذه الواقعة تنتج آثارها الطبيعية بغض النظر عما إذا كان سبب عدم الإفصاح عن الصفة الحقيقية في التعاقد يرجع إلى تعمد أو إهمال من جانب النائب.

ويرجع هذا الخلاف والتباين في الفقه والقضاء بشأن آثار تصرفات الوكيل المسخر، إلى عدم الوقوف على محتوى النصوص القانونية التي تنظم الوكالة العادية المنصوص عليها في القانون المدني المصري والذي يعتد بنظرية الإرادة الباطنة، وفصلها عن تلك التي وردت في التشريعات الأخرى التي اعتدت بنظرية الإرادة الظاهرة، والخلط بين الوكالة بالتسخير والصورية في خلال استعارة الاسم من جانب بعضهم على الرغم من أن إرادة المشرع قد انصرفت إلى وجوب الفصل بينهما.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الاتجاه القائل بانصراف آثار العقد في ذمة الوكيل المسخر.

المطلب الثاني: الاتجاه القائل بتوقف انصراف آثار العقد في ذمة الموكل على قصد المتعاقد مع الوكيل المسخر.

المطلب الثالث: الاتجاه القائل بخضوع تصرفات الوكيل المسخر لنص المادة ١٠٦ من القانون المدني.

المطلب الأول
الاتجاه القائل بانصراف آثار العقد فى ذمة الوكيل المسخر

عرض وتقسيم:

ذهب جانب من الفقه والقضاء إلى أن العقد الذى يبرمه الوكيل المسخر مع الأغيار تنصرف الآثار المترتبة عليه فى ذمته المالية، حتى ولو كان المتعاقد مع الوكيل المسخر يعلم بالصفة الحقيقية فى التعاقد لهذا الأخير، وبذلك فقد جردوا واقعة العلم بصفة الوكيل المسخر الحقيقية فى التعاقد من أثرها القانونى وبصورة مطلقة، وقد تأثر هذا الجانب بما هو سائد فى فقه وقضاء القانون المقارن دون التدقيق فى مسألة استقلال التشريعات والتنظيم الذى وضعه المشرع المصرى للوكالة العادية، فى حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن الآثار المترتبة على العقد الذى يبرمه الوكيل المسخر لا تنصرف فى ذمة هذا الأخير إذا كان المتعاقد معه يعلم بصفته الحقيقية فى التعاقد وأنه يتعاقد بصفته نائباً، وعلى ذلك فإن هذا الجانب لم يجرد واقعة العلم بصفة الوكيل المسخر الحقيقية فى التعاقد من أثرها القانونى، بل إنه يعتد بها ويعول عليها لأن الوكيل المسخر يعتبر نائباً بالمعنى الفنى والقانونى، فطبيعة عمله وإن كانت تقتضى منه أن يشارك بإرادته فى إبرام العقد مع الأغيار باسمه الشخصى، إلا أن قصده وكذا قصد موكله قد انصرفا إلى عدم تأثر ذمته المالية سواء الإيجابية منها أو السلبية بالآثار المترتبة على العقد، وهذا يتفق مع المفهوم الفنى للنيابة فى التعاقد كما وضعها المشرع فى مختلف الدول وعرفه الفقه والقضاء.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع:

الفرع الأول: **الفريق القائل بتجريد واقعة العلم بصفة الوكيل المسخر من الأثر القانونى.**

الفرع الثانى: **الفريق القائل بالتعويل على واقعة العلم بصفة الوكيل المسخر.**

الفرع الثالث: **رأى الباحث فى هذه المسألة.**

الفرع الأول

الفريق القائل بتجريد واقعة العلم بصفة الوكيل المسخر من الأثر القانونى

ذهب جانب من الفقه والقضاء[١] إلى أن علم الغير المتعاقد مع الوكيل المسخر بصفة الأخير الحقيقية فى التعاقد وأنه يعمل بصفته نائباً عن الموكل، وأن من شارك معه فى إبرام العقد ما هو إلا وكيل مسخر يعمل لحساب الموكل[٢] لا يؤثر على قيام العلاقة التعاقدية بين الوكيل المسخر والغير المتعاقد معه، واعتبروا أن هذا التعاقد قد تم بين كل من الوكيل المسخر والغير المتعاقد معه وبذلك يكون الأصيل من وجهة نظرهم أجنبياً عن هذا التعاقد وأن أطرافه هما الوكيل المسخر والغير، وبالتالى فإن الآثار القانونية التى تنشأ عن هذا التعاقد سواء الإيجابية منها

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ أحمد محمود سعد. مصادر الإلتزام فى القانونين المصرى واليمنى (دراسة مقارنة) العقد والإرادة المنفردة ١٩٩٠ دار النهضة العربية صـ٢٨٦، دكتورة/ سميحة القليوبى - المرجع السابق (شرح العقود التجارية) صـ١٣٣، دكتور/ عبد الفتاح عبد الباقى - المرجع السابق صـ٢٠٥، ٢٠٦، دكتور/ عبد الناصر توفيق العطار مصادر الالتزام (*)□ صـ٥٤، دكتور/ مجدى حسن خليل - الرسالة السابقة صـ١٦، ١٧، دكتور/ محسن عبد الحميد البيه - المرجع السابق صـ١٨٩، ١٩٠، دكتور/ منصور مصطفى منصور -المبحث السابق صـ٨٦ هامش١ ومن أحكام القضاء نقض مدنى الطعن رقم ٢١٥٠ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٢، نقض جلسة ١٩٤٣/٤/١٥ المحاماة السنة ٢٥ العدد الرابع والخامس والسادس صـ١٧٠.

٢) محكمة طنطا الكلية ١٩٣٣/٢/٢ - المحاماة السنة ١٤ العدد الثانى القسم الثانى صـ١٠٣ رقم٥٤.

Seine, 23,1,1959, Dalloz, 60, p.323, note. DALSACE; CASS. Civ, 3,1,12,1971, Dalloz, 72,248; CASS. com, 26,4,1982, Dalloz. 86,233, note RAMBURE; PHILIPPE le tourneau, art en Dalloz en eyelopedie, civ v-Fimandate, p.9, No. 71; (CH), larrovmet, droit civil, les obligations, le contrat, T.111, 2é, éd, p. 155, No. 162 et. s; (H.J.F), MAZEUD, lecons de droit civil, obligations, théorie generale, T.11, V1, P. 934 et 935; FRANCOIS (T), Philippe (s), et yves (L), droit civil, les obligations, 5é, éd, 1993, Dalloz, P. 136, No. 173; MALAURIE (PH), et Aynes (L), cours de droit civil, les obligations, 3é, éd, 1992, ed, cujas, P. 362, No. 6668; (H) stork, essai sur les mecanisme de la representation dans les actes juridique, (L.G.D.J), 1982, P.226 et 227, No. 303.
SCHMIDT-SZALEWSKI (J), droit civil, les contrats, t.5, libraire de cassation, P409, No, 378.

إذ يقول:

"lors que le representant passe un contrat avec un tiers, en lui dissimulant saqualite d'interonediaire, il joue le rôle de prêt -nom. le contrat se forme alors directement entre le prêt - nom et son cocontractant meme si celui - ci a connu l'existance de la simulation".

أو السلبية تنصرف فى ذمة الوكيل المسخر والغير المتعاقد معه، وبذلك فقد جردوا واقعة العلم بصفة الوكيل المسخر الحقيقية فى التعاقد مع أحد الأغيار من أثرها القانونى وبصورة مطلقة، حيث ذهبوا إلى أن حكم نص المادة ١٠٦ مدنى لا يطبق على التعاقد الذى يتم من خلال فكرة الوكالة بالتسخير، وبذلك تصبح واقعة العلم بصفة الوكيل المسخر الحقيقية فى التعاقد مجردة من أثرها القانونى وبصورة مطلقة إذا كان الوكيل المسخر قد تعمد عدم الإعلان عن تلك الصفة تنفيذاً لعقد الوكالة الذى اشترك فى إبرامه مع الموكل.

وفى هذا الصدد يقول الأستاذ الدكتور/ عبد الفتاح عبد الباقى «... وإذا لزم لاعتبار التعاقد حاصلاً بطريق النيابة أن يكون الشخص الذى أجرى التعاقد معه عالماً بأن النائب يعمل باسم الأصيل ولحسابه خرجت عن نطاقه الحالة التى يريد فيها شخص إبرام صفقة معينة لنفسه دون أن يظهر بشخصه على انه طرف فيها، فيتفق مع آخر على أن يبرمها باسمه «باسم هذا الأخير» على أن تنصرف آثارها إليه هو بطريقة أو بأخرى، وهذه هى حالة التعاقد بطريق التسخير «الاسم المستعار»، ومثال هذه الحالة أن يريد زيد شراء أرض من غير أن يظهر على أنه مشتر لها فيلجأ إلى بكر ويتفق معه على شراء هذه الأرض باسمه "باسم بكر" على أن تنصرف آثار الشراء إليه هو «زيد» فهنا لا يعتبر التعاقد حاصلاً بطريق النيابة، ويسوغ للبائع أن يتجاهل «زيداً» ويصر على اعتبار «بكر» هو المتعاقد معه بصفته الشخصية ولا يعتبر كذلك تعاقداً بطريق النيابة ذاك الذى يجريه الوكيل بالعمولة على الرغم من أنه يجريه لحساب الموكل فى نظير عمولة يقتضيها منه، لأن الوكيل بالعمولة يجرى التصرف مع العملاء باسمه هو شخصياً وليس باسم الموكل...»[1].

وقد استند بعض أنصار[2] هذا الاتجاه إلى النصوص القانونية التى تضمنتها بعض التشريعات فى مختلف الدول، من ذلك نص المادة ٢٢٤ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى والذى جرى نصه على أنه «ويكون الأمر على خلاف ذلك إذا تصرف الوكيل فى الظاهر باسمه الخاص وكان اسمه مستعاراً ولم يبرز وكالته فإن

١) راجع فى ذلك: المرجع السابق صـ٢٠٦.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق صـ٣٣٨.

الذين يتعاملون معه على هذا الوجه لا يمكنهم أن يقاضوا غيره، ولا يجوز لغيره أن يقاضيهم ولا تطبق قواعد الوكالة والتمثيل إلا على العلاقات التـي بـين الوكيـل المستتر والموكل» فقد رأوا أن عبارة هذا النص جاءت عامة مما يستوجب صرف حكمه إلى جميع التصرفات القانونية التى يساهم الوكيل المسخر فى تشييدها مع أحد الأغيار بغض النظر عما إذا كان هذا الأخير يعلم بعقد التسخير من عدمه.

وبالتطبيق لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية[1] بشأن أحد الطعون الـذى طرح أمامها بأن «الوكيل المسخر هو المسئول بصفة شخـصية ومباشـرة تجـاه المتعاقد معه، حتى ولو كان هذا الأخير يعلم وقت تكوين العقد بما انـصرف إليـه القصد الحقيقى للوكيل....» وبذلك تكون قد تراجعت -من حيث المبدأ- عن موقفها القديم[2] وشايعت فى نفس الوقت ما ذهبت إليه محكمة النقض الإيطالية فقد أصدرت هذه الأخيرة أحكاماً عديدة فى هذا الشأن[3] مـن ذلـك حكمهـا الـصادر بتـاريخ ١٩٥٤/٥/١٥ والذى جاء فيه «لكى تكون هناك وكالة نيابية يجب توافر نية النيابة أى أن يستعمل النائب اسم الأصيل، وأن هذه النية لا يجوز أن تكـون ضـمنية أى تستخلص من الظروف والعناصر الظنية بل يجب أن تكون صـريحة وواضـحة» وفى حكم آخر لها قضت «... لا يكفى مجرد علم المتعاقد الآخر بصفة الوكيل فيمن يتعاقد معه بل يجب على الوكيل أن يعلم المتعاقد معه فى عبارات صـريحة بأنـه يتعاقد باسم الغير» وفى حكم ثالث لها قضت بأن «الوكيل النيابى الـذى لا يـذكر صراحة اسم الموكل يجب اعتباره فى منزلة الوكيل الذى يتعاقد باسمه الشخـصى. أما احتمال علم الغير بالعلاقة الداخلية التى تكون بين الوكيل والموكل فلا يـصلح لأن يصرف إلى الموكل آثار العقد» وفى نفس السياق وفى حكم أكثر تشدداً قضت بأنه «يكفى أن من يتعاقد باسم الغير يعلم المتعاقد معه بذلك بشرط أن يفعـل ذلـك بصورة صريحة، فلا يعتبر من قبيل التعامل ضمناً باسم الموكل مجرد علم الطرف الآخر بتوافر صفة الوكيل فيمن يتعامل معه».

---

1) SS. Com, 26,4,1982, prec.
2) Req, 25,1,1864, D, 64,1,282, 10,2,1936,G, p,36,1,561, D.p. 37, 1,92, Rapport pilon; civ, 1,11,2,1976, B, civ, 1,No: 94.
٣) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الحى حجازى - المرجع السابق - الأحكام المشار إليهـا صــ٧٦٥، هامش رقم ٢٥.

الفرع الثانى

الفريق القائل بالتعويل على واقعة العلم بصفة الوكيل المسخر

ذهب جانب آخر من الفقه[1] إلى القول بأنه يتفق من حيث المبدأ مع أنصار هذا الاتجاه على أن الوكالة بالعمولة تخرج من نطاق النيابة فى التعاقد، ومن ثم فإن آثار العقد الذى يشارك الوكيل بالعمولة فى إبرامه مع أحد الأغيار لا تخضع للأحكام الخاصة بالوكالة بالعمولة، لأن هذا النوع من الوكالة له مفهوم قانونى محدد وأحكام خاصة به تولى وضعها المشرع التجارى فى معظم الدول.

إلا أن هذا الرأى يختلف مع أنصار الاتجاه القائل بتجريد واقعة العلم بالتسخير من أثرها القانونى بصور مطلقة، ذلك لأن الوكيل المسخر يعتبر نائباً بالمعنى الفنى والقانونى، لأن طبيعة عمله وإن كانت تقتضى أن يشارك فى إبرام العقد باسمه الشخصى إلا أن قصده وكذا قصد موكله انصرفا إلى عدم انصراف آثار العقد – الإيجابية أو السلبية – فى ذمته المالية وهذا يتفق مع المفهوم الفنى للنيابة فى التعاقد كما قصده المشرع فى كثير من الدول وعرفه الفقه والقضاء والنظام القانونى للنيابة فى التعاقد يقوم على أساس أن يتم التعاقد باسم الأصيل ولحسابه، ولكن لا يفهم من ذلك أن تخرج جميع التصرفات القانونية التى يشارك النائب فى إبرامها مع الأغيار من غير أن يعلن لهم – صراحة أو ضمناً – عن صفته الحقيقية فى التعاقد من مجال تطبيق أحكام النيابة فى التعاقد، ذلك لأن جوهرها يكمن فى قصد النائب، وبناء على ذلك فإن المشرع لم يكتف بشرط التعاقد باسم الأصيل بل اشترط أيضاً أن ينصرف قصد النائب إلى التعاقد مع الغير بصفته نائباً، بحيث إذا ثبت أن إرادته الحقيقية اتجهت إلى التعامل لمصلحته الشخصية، فإن التعاقد لا يكون قد تم طبقاً لفكرة النيابة بالرغم من أن معطيات التعبير الصادرة منه تفيد بأنه يتعاقد باسم الأصيل انطلاقاً من أن جوهر النيابة يكمن فى قصد النائب

---

١) راجع فى ذلك بالتفصيل: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ١٢٠ ومابعدها.

وليس فى تعبيره وعلى ذلك إجماع الفقه والقضاء[١] وعلى العكس من ذلك إذا كان قصد النائب قد انصرف إلى التعاقد لمصلحة الأصيل فإن الرابطة العقدية تكون قد تكونت من خلال فكرة النيابة فى التعاقد، حتى ولو كانت معطيات التعبير الصادر من النائب يستفاد منها أنه يتعاقد لمصلحته الشخصية إذا كان الغير الذى شارك معه فى إبرام العقد يعلم – حقيقة أو حكماً – بصفته الحقيقية فى التعاقد، أو لم تكن له مصلحة فى تحديد الشخص الذى سيكون طرفاً معه فى العلاقة العقدية والذى تتأثر ذمته المالية بآثار العقد ففى هاتين الحالتين قرر المشرع خضوع آثار العقد إلى الأحكام الخاصة بالنيابة فى التعاقد وإن كانت هذه الأحكام تتلاشى إذا كان المتعاقد مع النائب لم يعلم – حقيقة أو حكماً – بصفة النائب الحقيقية فى التعاقد، والتى لو كان يعلم بها عند التعاقد لتراجع ولما أقدم على هذا التعاقد غير أن ذلك لا يمثل عقبة فى سبيل اكتساب الوكيل المسخر صفة النائب من الناحية الفنية والواقعية والقانونية، لأنه ليس هناك ما يمنع من التنازل عن الاعتبارات التى تمنع التعاقد مع الأصيل وعندئذ فإن الرابطة العقدية تنشأ بين هذا الأخير والمتعاقد مع النائب.

أما بالنسبة لما يذهب إليه أنصار الرأى موضوع المناقشة فإنه يعوزه السند القانونى على صحته ذلك لأن المشرع المصرى لم يجرى تفريقاً عند تنظيمه للوكالة العادية بين الوكالة المكشوفة والمستترة، كما فرق فى ذلك المشرع فى بعض الدول بل جاء تنظيمه عاماً فقد جاء فى نص المادة ٦٩٩ مدنى مصرى بأن «الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل» والمادة ٦٩٨ مدنى كويتى «الوكالة عقد يقيم به الموكل شخصاً آخر مقام نفسه فى مباشرة تصرف قانونى حيث جاءت عبارة هذا النص وذلك عامة، الأمر الذى يستوجب أن ينسحب حكمهما إلى نوعى الوكالة العادية المتقدم ذكرهما ولو أن المشرع يقصد غير ذلك لأضاف إلى المادة المذكورة عبارة «وباسم و...» وبذلك تكون الصياغة النهائية على النحو التالى «..... بعمل قانونى باسم ولحساب الموكل» وأن القول بخلاف ذلك ينطوى على اتهام المشرع بإغفاله تنظيم الوكالة العادية المستترة، وعندما

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ حمدى عبد الرحمن – المرجع السابق صـ١٦٨، ١٦٩، دكتور/ سليمان مرقس – المرجع السابق صـ٢٣٦، دكتور/ عبد الحي حجازى – المرجع السابق صـ٧٦٣.

تعرض المشرع لمسألة الآثار المترتبة على العقد الذى يتم من خلال الوكالة العادية أحال بمقتضى نص المادتين ٧١٣ مدنى مصرى، ٧١٥ مدنى كويتى إلى نصوص المواد (١٠٥، ١٠٦ مدنى مصرى، ٥٧، ٥٨ مدنى كويتى) وجاءت الإحالة عامة، مما يستوجب صرفها إلى الوكالة العادية المكشوفة والمستترة على حد سواء، وأنه بالرجوع إلى نصوص المواد (١٠٥، ١٠٦ مدنى مصرى، ٥٧، ٥٨ مدنى كويتى) نجد أن عباراتهما جاءت هى الأخرى عامة مطلقة بل إن محتوى نص المادة ٥٩ مدنى كويتى يقطع – وبما لا يدع مجالاً للشك – بأن تصرفات الوكيل المسخر تخضع لأحكام النيابة فى التعاقد، فهذه المادة خولت للمتعاقد مع النائب حق الخيرة بين طلب قيام العقد مع هذا الأخير بصفته الشخصية، وفقاً لما تضمنه التعبير الصادر منه أو الأصيل وفقاً لما انصرف إليه القصد، بحسب ما تقتضيه مصلحته الشخصية ولكن هذا الحق يكون معطلاً فى حالة علمه – حقيقة أو حكماً – بصفة النائب فى التعاقد أو كان يستوى لديه التعاقد مع نائب أو أصيل.

ولا شك أن الوكالة بالتسخير تعتبر إحدى صور الوكالة المستترة، مما يستوجب خضوع آثار العلاقات التعاقدية التى تتم من خلالها لأحكام نصوص المواد (١٠٥، ١٠٦ مدنى مصرى، ٥٧، ٥٨ مدن كويتى) فى ضوء الضوابط المتقدم ذكرها.

وبناء على ذلك فإن الأخذ بالرأى الذى اعتنقه الاتجاه موضوع المناقشة يترتب عليه نتائج عدة تخلص فى الآتى:

أولاً: تقييد الإطلاق الوارد فى نص المادة ١٠٦ مدنى، ذلك لأن نص هذه المادة يتضمن خطاباً موجهاً إلى كل من يتعاقد مع الغير بصفته نائباً دون أن يعلن صراحة أو ضمناً عن صفته الحقيقية فى التعاقد، ومن يتعاقد مع النائب دون أن يبذل عناية الرجل العادى فى الوقوف على القصد الحقيقى للنائب بشأن صفته فى التعاقد، وعما إذا كان يتعاقد نيابة عن شخص محدد، وذلك بمعزل عن معطيات التعبير – الصريح أو الضمنى – الصادر منه، ونظراً لأن عبارة هذا النص جاءت عامة فإنه يتعين صرف حكمه إلى كل حالة لم يعلن النائب عن صفته الحقيقية فى التعاقد، بصرف النظر عما إذا كان سبب عدم الإعلان يعود إلى إهمال أو تعمد

وبغض النظر عما إذا كان التعمد نتيجة اتفاق على عدم الإعلان عن الصفة أو أن النائب قد فعل ذلك من تلقاء نفسه. فذلك الحكم يكون واجب التطبيق في جميع الأحوال، متى توافرت إحدى الحالتين اللتين ورد ذكرهما في النص وأن القول بخلاف ذلك فيه تخصيص للنص دون مخصص، لأنه لا يوجد سبب فني ومنطقي للتفرقة بين ما إذا كان عدم إعلان الوكيل عن صفته الحقيقية في التعاقد مع الأغيار يرجع إلى تقصير أو إهمال أو تعمد، ففي الحالتين يكون القصد منصرفاً إلى التعاقد نيابة عن شخص محدد وأن من شارك مع الوكيل في إبرام العقد لم يبذل في هذا الصدد عناية الرجل العادي في الوقوف على حقيقة القصد، بالرغم من أنه يعول على صفة من يتعامل معه.

ولا شك أن منطق أنصار الاتجاه محل المناقشة يقتضي خروج هذه المسألة من نطاق النيابة في التعاقد، إلا أنه يترتب على ذلك أن يفقد نص المادة ١٠٦ مدني في شقها الأول قيمته العملية مما يجعل تشريعه عدم الجدوى، وهو ما يجب الابتعاد عنه لأن حكم هذا النص يغطي منطقة مكشوفة من الغطاء القانوني، ولو كانت إرادة المشرع انصرفت إلى غير ذلك لأضاف فقرة تقرر خروج الوكالة بالتسخير من مجال إعماله، وتبين في نفس الوقت الحكم الواجب التطبيق عليها خاصة وأن تعريف عقد الوكالة والإحالة وعبارة النصوص المحال إليها وردت عامة.

ثانياً: المخالفة الصريحة للنصوص القانونية التي تنظم مرحلة تكوين العقد، ذلك أن المشرعين المصري والكويتي قد أخذ بنظرية الإرادة الباطنة على أنه أصل عام في التعاقد، واعتدا بنظرية الثقة على سبيل الاستثناء في الحدود التي يتطلبها توفير الثقة والائتمان واستقرار المعاملات، ويتضح ذلك من نص المادة ١/٣٨ مدني كويتي والذي جاء فيه «إذا اختلف التعبير عن الإرادة مع حقيقة قصد صاحبه كانت العبرة بالقصد». فهذا النص يقطع – وبما لا يدع مجالاً لشك – بأن الأصل العام في تكوين العقد هو القصد، وذلك يكون متحققاً في دائرة التعاقد الذي يتم من خلال فكرة التسخير، فالوكيل المسخر وإن كان يتعاقد باسمه الشخصي إلا أن قصده انصرف إلى التعاقد لمصلحة الموكل، وأن عبارة هذا النص جاءت عامة، مما يستوجب صرف حكمه إلى جميع الحالات التي يتحقق فيها اختلاف التعبير مع

محتوى القصد، بغض النظر عما إذا كان عدم التوائم ينصب علـــى مـــضمون أو طبيعة أو محل أو سبب التعاقد أو الصفة فى التعاقد، وبغض النظر عمـــا إذا كـــان الاختلاف جاء نتيجة لإهمال أو تعمد.

وبناء عليه فالوكيل المسخر يستفيد من حيث المبدأ مـــن هـــذا الحكـــم، لأن المتعاقد معه لا يمكنه التمسك بقيام العقد وفقاً لمعطيات التعبير، إعمالاً لحكم نـــص المادة ٢/٣٨ مدنى كويتى لتخلف أحد ضوابط تطبيقه، وعلى ذلك فإن ما يذهب إليه أنصار الاتجاه الذى هو محل المناقشة يصطدم بصراحة النص.

ثالثاً: الحد من نطاق النظام القانونى للنيابة فى التعاقد، ذلك أنه الواضح أن ما دفع أنصار هذا الاتجاه إلى القول بخروج الوكالة بالتسخير من مجال النيابة فـــى التعاقد، يعود إلى عدم وقوفهم على المجال الحقيقى لنطاق تطبيق حكم نص المادتين ١٠٦ مدنى مصرى، ٥٨ مدنى كويتى، فقد رأوا أن حكم هذا الـــنص وذلك يواجـــه مسألة التعبير الضمنى الصادر من النائب عن الصفة فى التعاقد، وذلك يبدو واضحاً من خلال تناولهم لواقعة العلم الحكمى، وأن الأمثلة التى ساقوها فى هذا الصدد يبين منها أن المشرع قصد بهذا الحكم مواجهة حالة عدم إفصاح النائب صـــراحة عـــن صفته الحقيقية فى التعاقد، ولكن ساهم فى الظروف والملابسات التى يمكـــن مـــن خلالها الوقوف على حقيقة هذه الصفة، والتى تعد فى نفس الوقت تعبيـــراً ضـــمنياً صادراً منه، ومن ثم فإنهم يكونون منطقيين مع أنفسهم ولكن ذلك يؤدى إلى خروج جميع حالات عدم الإفصاح الصريح أو الضمنى عن الصفة فى التعاقد، من مجـــال تطبيق حكم نص المادتين ١٠٦ مدنى مصرى، ٥٨ مدنى كويتى. وقد سبق أن رأينا أن واقعة العلم الحكمى التى تناولها هذا الجانب من الفقه تعالج من ناحيـــة أثرهـــا بمقتضى نص المادتين ١٠٥ مدنى مصرى، ٥٧ مدنى كويتى، وأن جميع حـــالات عدم التطابق بين معطيات التعبير ومحتوى القصد، بشأن صفة النائب فـــى التعاقـــد تعالج بمقتضى نص المادتين ١٠٦ مدنى مصرى، ٥٨ مدنى كويتى لأن عبارة هذا النص وذلك جاءت عامة ومطلقة مما يستوجب صرف حكمهما إلى عدم الإعـــلان الصريح والضمنى على حد سواء وهو ما قصده المشرع بالفعل.

أما بخصوص النصوص القانونية التى وردت فى بعض التشريعات العربية

(التشريع اللبنانى) والتى استند إليها أنصار هذا الاتجاه، لا يمكن الإرتكاز عليها فى إطار البيئة القانونية المصرية والكويتية على السواء، انطلاقاً من مبدأ استقلال التشريعات واحتراماً للفلسفة التشريعية فلو كانت إرادة المشرع المصرى والكويتى قد انصرفت إلى خروج الوكالة بالتسخير من دائرة النيابة فى التعاقد، لما تردد فى وضع حكم خاص مماثل.

وإذا كانت محكمة النقض الفرنسية قد قضت فى بعض أحكامها الحديثة بأن الرابطة العقدية تنشأ بين الوكيل المسخر والمتعاقد معه مباشرة، حتى ولو كان هذا الأخير يعلم بواقعة التسخير، وأيدت فى هذا الخصوص ما ذهبت إليه محكمة النقض الإيطالية، غير أن ذلك لا يعنى وجوب تطبيق هذا الحكم فى إطار التشريع المصرى والكويتى، لأن الحكم الذى قضت به فى هذا الصدد لا يعتبر مبدأ قانونياً يمكن الاعتماد عليه، كما أن غالبية الأحكام الصادرة عنها فى هذا الخصوص لم تسر على خط واحد[١] هذا من ناحية ومن ناحية ثانية فإن ما جنحت إليه المحكمة المذكورة يتطابق مع نظرية الإرادة الظاهرة وقد سبق أن أوضحنا أن المشرع المصرى والكويتى يأخذ بنظرية الإرادة الباطنة، كما أن ما دفع محكمة النقض الفرنسية إلى ذلك يرجع إلى عدم وجود نص فى القانون المدنى الفرنسى يطبق على هذه المسألة، وبالتالى فنظراً لوجود نص فى القانون المدنى المصرى والكويتى ينظم هذه المسألة فإنه يجب إعماله احتراماً لفلسفة التشريع.

وعلى ذلك فإن خطأ الوكيل المسخر والذى يتمثل فى عدم الإعلان عن صفته الحقيقية فى التعاقد، لا يكون له أى أثر قانونى طبقاً للتشريع المصرى والكويتى، إذا كان المتعاقد معه يعلم حقيقة أو حكماً بهذه الصفة أو كان يستوى لدى الأخير التعاقد مع الأصيل أو النائب لأنه يكون فى الحالة الأولى قد ارتكب خطأ حيث كان بإمكانه التحقق من هذه الصفة، فضلاً عن إضفاء المشروعية من جانب المشرع على التعاقد من خلال الوكالة بالتسخير وفى الحالة الثانية ينتفى ركن الضرر بناء على ذلك ولكن خارج هاتين الحالتين فإن خطأ الوكيل يرتب آثاراً قانونية.

---

١) راجع عكس ذلك:

Req, 10, 2, 1935, préc, civ, 1, 11,2,1976, préc

الفرع الثالث
رأى الباحث فى هذه المسألة

بعد أن استعرضنا كل من الرأى القائل بتجريد واقعة العلم بصفة الوكيل المسخر الحقيقية فى التعاقد من أثرها القانونى بصورة مطلقة، ورأينا أن هذا الرأى يرى أن حكم نص المادة ١٠٦ مدنى لا يطبق على الرابطة العقدية التى تتم من خلال فكرة الوكالة بالتسخير، والرأى القائل بالتعويل على واقعة العلم بصفة الوكيل المسخر الحقيقية فى التعاقد، وتطبيق حكم نص المادة ١٠٦ مدنى على التعاقد الذى يتم من خلال فكرة الوكالة بالتسخير على اعتبار أن الوكالة بالتسخير تعتبر وكالة نيابية.

وبناء على ذلك أرى أن الرأى القائل بالتعويل على واقعة العلم بصفة الوكيل المسخر الحقيقية فى التعاقد، هو الأولى بالتأييد ذلك أن الوكيل المسخر يعتبر نائباً بالمعنى الفنى والقانونى، لأن طبيعة عمله وإن كانت تتطلب أن يشارك فى إبرام العقد مع الأغيار باسمه الشخصى، بيد أن قصده وكذا قصد موكله قد انصرفا إلى عدم تأثر ذمته المالية سواء الإيجابية منها أو السلبية بالآثار المترتبة على العقد، ونظراً لأن القصد هو أساس ولب العقد فإن ذلك يتفق مع المفهوم الفنى للنيابة فى التعاقد، والذى يقوم على أساس أن يتعاقد النائب مع الغير باسم وحساب الأصيل وانصراف قصده وكذا قصد الغير المتعاقد معه على انصراف آثار العقد فى ذمة الأصيل، أى تأثر ذمته المالية الإيجابية منها أو السلبية بالآثار المترتبة على العلاقة التعاقدية.

وتنص المادة ١٠٦ من القانون المدنى على أن «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب». ويستفاد من هذا النص أن المشرع قد عول على مسألة العلم بصفة الوكيل المسخر الحقيقية فى التعاقد سواء تحقق هذا العلم عن طريق الوكيل المسخر نفسه، وذلك بالإعلان صراحة أو ضمناً

عند بداية التعاقد عن صفته الحقيقية فى التعاقد، أو كان الغير المتعاقد معه قد علم بهذه الصفة حقيقة أو حكماً وذلك من خلال ظروف وملابسات التعاقد، ولاشك أن العلة التى يتطلبها المشرع من العلم بحقيقة صفة النائب فى التعاقد هو منح المتعاقد معه حق الخيرة المقرر قانوناً فى أن يقدم على التعاقد أو يرفض ذلك، وفق ما تقتضيه مصلحته الشخصية وبناء على الاعتبارات التى يعول عليها فى التعاقد مع الوكيل المسخر، وذلك إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد المنبثق من مبدأ سلطان الإرادة، وبذلك فإن المشرع قد عول على واقعة العلم بمقتضى نص المادة ١٠٦ مدنى ووضع على عاتق المتعاقد مع الوكيل المسخر التزام مفادة العلم بحقيقة صفة الوكيل المسخر الحقيقية فى التعاقد، وعما إذا كان يتعاقد لمصلحته الشخصية أو لحساب شخص محدد وذلك حتى يستطيع العلم بالطرف التعاقدى الذى سوف تتأثر ذمته المالية بالآثار المترتبة على التعاقد، ومن ثم فإنه إذا لم يعلن الوكيل المسخر عن صفته الحقيقية فى التعاقد أو أن الغير المتعاقد معه لم يعلم حقيقة أو حكماً بتلك الصفة فإنه لا يكون قد أخل بالتزامه التعاقدى، لأن كل شخص يقدم على التعاقد يهمه معرفه الطرف الذى سوف تتأثر ذمته المالية بآثار الرابطة العقدية ولا يتأتى ذلك إلا من خلال الوقوف على حقيقة الصفة كما أن ما يذهب إليه أنصار الرأى القائل بتجريد واقعة العلم من أثرها القانونى، بأن العلاقة التعاقدية تقوم بين الوكيل المسخر والمتعاقد معه حتى ولو كان هذا الأخير يعلم بأن من شارك معه فى إبرام العقد وكيلاً مسخراً يعمل لحساب الموكل[1]، معناه أن الوكيل المسخر طرفاً فى هذا التعاقد بالمفهوم الشكلى والمادى أو الموضوعى أى أنه شارك بإرادته مع الغير فى إبرام العقد وأن الآثار المترتبة على هذا العقد سواء الإيجابية أو السلبية تنصرف فى ذمته المالية، وبذلك فإن الأصيل لا يكتسب صفة الطرف بالمفهوم الموضوعى، وهذا القول لا يتفق مع المفهوم الفنى والقانونى للوكالة بالتسخير ذلك لأن طبيعة عمل الوكيل المسخر كما سبق القول تخلص فى أن يقوم بالمشاركة بإرادته فى إبرام الرابطة العقدية مع الأغيار باسمه الشخصى، على أن قصده وكذا قصد موكله قد انصرفا إلى عدم تأثر ذمة الوكيل المسخر المالية بالآثار المترتبة على العقد، وبذلك

---

١) راجع فى ذلك صـ٤١٩، ٤٢٠ من الرسالة.

فإن الوكيل المسخر يكتسب وحده صفة الطرف بالمفهوم الشكلى وذلك لأنه يشارك بإرادته فى إبرام العلاقة التعاقدية مع الغير فى حين يكتسب الأصيل صفة الطـرف بالمفهوم المادى أو الموضوعى حيث تنصرف فى ذمته وحده دون غيـره الآثـار المترتبة على هذه العلاقة الإيجابية منها أو السلبية، لأن قصد الوكيل المسخر وكـذا قصد الأصيل قد انصرفا منذ بداية التعاقد إلى عدم تأثر ذمة الأول المالية بالآثـار المترتبة على العقد لأن التعاقد قد تم بداية لحساب الأصيل[١]، وبذلك فأننى لا اتفـق مع الرأى القائل بتجريد واقعة العلم بصفة الوكيل المسخر مـن أثرهـا القـانونى بصورة مطلقة لأن مشايعة هذا الرأى يترتب عليه إهدار حقوق الأصيل التى أولاها المشرع بالعناية وذلك عن طريق عدم انصراف الآثار المترتبة على الرابطة العقدية التى يبرمها الوكيل المسخر مع الغير فى ذمة الأصيل المالية، ومـن ثـم اعتبـاره أجنبياً عن هذه العلاقة لأنه لا يكتسب صفة الطرف بالمفهوم المادى أو الموضوعى، حين أن قصد الوكيل المسخر وكذا قصد الموكل قد انصرفا منذ البداية إلى تأثر ذمة الأخير المالية بالآثار المترتبة على العقد وانحسار ذلك عن ذمة الوكيل المسخر.

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد - المرجع السابق صـ١٢٠.

المطلب الثانى

الاتجاه القائل بتوقف انصراف آثار العقد فى ذمه الموكل على قصد المتعاقد مع الوكيل المسخر

عرض وتقسيم:

ذهب جانب من الفقه والقضاء إلى أن قيام العلاقة التعاقدية بقوة القانون بين الموكل والغير المتعاقد مع الوكيل المسخر يكون متوقفاً على قصد هـذا الأخيـر، وعما إذا كان يقصد التعاقد مع الموكل أو مع الوكيل المسخر وبـذلك فـإن قيـام الرابطة العقدية على هذا النحو يكون متوقفاً على قصد الغير المتعاقد مـع الوكيـل المسخر، فإذا كان قصده قد انصرف منذ البداية إلى التعاقد مـع الموكـل قامـت الرابطة العقدية بينه وبين الموكل وإلا فلا تقوم هذه العلاقة، وبذلك فقد عول أنصار هذا الاتجاه على القصد الذى يعد أساس ولب العقد، ومن ثم يجب أن يكشف الغيـر المتعاقد عن حقيقة قصده فى التعاقد حتى يمكن الوقوف على الطرف الآخر الـذى سوف تتأثر ذمته المالية بالآثار المترتبة على هذا التعاقد، ومن الواضح أن أنـصار هذا الاتجاه قد تأثروا فى ذلك بمحتوى بعض النصوص القانونية التـى وردت فـى التشريعات المختلفة، وصرف النظر عن مبدأ استقلال التشريعات وأن لكل تـشريع فلسفته الخاصة به ولتوضيح ذلك نقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع:

الفرع الأول: الفريق القائل بالتجريد النسبى لواقعة العلم بـصفة الوكيـل المسخر من الأثر القانونى.

الفرع الثانى: الفريق القائل بالتعويل على واقعـة العلـم بـصفة الوكيـل المسخر.

الفرع الثالث: رأى الباحث فى هذه المسألة.

الفرع الأول

الفريق القائل بالتجريد النسبى لواقعة العلم بصفة الوكيل المسخر من الأثر القانونى

ذهب جانب من الفقه والقضاء[١] إلى أن قيام الرابطة العقدية - بقوة القانون - بين الموكل والغير المتعاقد مع الوكيل المسخر يتوقف على قصد هذا الغير، وقد تأثر أنصار هذا الاتجاه - من حيث المبدأ - فى ذلك بمحتوى بعض النصوص القانونية التى وردت فى التشريعات المختلفة، وبغض النظر عن مبدأ استقلال التشريعات ويذهب الأستاذ الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى[٢] إلى أن العلم الحكمى بصفة النائب الحقيقية فى التعاقد لا يترتب عليه انصراف آثار العقد الذى يساهم النائب فى تكوينه مع أحد الأغيار فى ذمة الأصيل مباشرة وبصورة مطلقة، وقد بدأ بتقسيم الوكالة العادية إلى نوعين هما:

النوع الأول: وكالة نيابية وهى وكالة مكشوفة تقترن بالنيابة، وتبيح للوكيل أن يعمل باسم الموكل.

النوع الثانى: وكالة غير نيابية وهى وكالة مستترة تتجرد عن النيابة وتفرض على الوكيل أن يعمل باسمه الشخصى، وإن كان يعمل لحساب الموكل وهى تسمى وكالة بالتسخير، وقد رأى أن الوكالة النيابية أو المكشوفة وإن كانت تخول للوكيل التعامل مع الأغيار باسم الموكل، إلا أنها تمنعه من أن يتعاقد باسمه الشخصى إذا اختار ذلك، وعندئذ يصبح فى حكم المسَخر لأنه يفعل ذلك من تلقاء نفسه وليس بناء على تسخير من الموكل، وتسرى على الوكيل فى هذه الحالة جميع الأحكام التى تسرى على المُسخر أو الاسم المستعار، ففى الحالتين تتجرد الوكالة من النيابة لأن الوكيل لا يفصح لمن يساهم معه فى العقد عن صفته الحقيقية بل يتعاقد باسمه الشخصى وبالتالى فإنه لا يعتبر نائباً عن الموكل، ومن ثم لا تضاف

---

١) راجع فى ذلك: دكتورة/ سميحة القليوبى- المرجع السابق- صـ ٤٠، ٤١، دكتور/ عبد الحميد محمود البعلى - المرجع السابق - صـ ٢٠٤. ومن أحكام القضاء CASS. Civ 25,1,1864. PREC.

٢) الوسيط فى شرح القانون المدنى [illegible]

آثار العقد إلى ذمة هذا الأخير بل تنصرف فى ذمة الوكيل الذى يلتزم - بعد ذلك - بنقلها إلى الموكل تنفيذاً لعقد الوكالة، ولكن يستثنى من ذلك حالتان يكــون فيهمـــا الوكيل المسخر نائباً عن الموكل على الرغم من أن الوكالة الصادرة له وكالة غيــر نيابية، فتضاف حقوق العقد والتزاماته مباشرة إلى الموكل دون الوكيــل وتــسرى أحكام الوكالة كما لو كانت وكالة نيابية وأن هاتين الحالتين ورد النص عليهما فـــى المادة ١٠٦ مدنى وهما:

الحالة الأولى انتفاء مصلحة الغير فى تحديد الشخص الذى تتأثر ذمته المالية بثمار العقد.

الحالة الثانية: وجود مصلحة للغير فى تحديد الشخص الذى تتــأثر ذمتـــه المالية بثمار العقد ولكنه يعلم بصفة الوكيل الحقيقية فى التعامل.

وإذا كانت الحالة الأولى لا تثير أدنى صعوبة حيث أن تحققها يترتب عليـــه قيام الرابطة العقدية بين الموكل والمتعاقد مع الوكيل المسخر وبصفة مطلقة، إلا أن الأمر يكون عكس ذلك بالنسبة للحالة الثانية حيث إن توافرها يقتضى التفرقة بــين فرضين:

الفرض الأول: أن يكون الغير وهو يتعاقد مع الوكيل المسخر يعلم -حقيقــة أو حكماً - أنه وكيل لا أصيل، يقصد التعامل مع الموكل لا مع الوكيل وفى هــذه الحالة يكون الوكيل قد تعاقد باسمه الشخصى أما الغيــر فيتعامــل معـــه لحــساب الموكل[١] وهذا الفرض يخضع لأحكام الوكالة النيابية، حيث إن الرابطـــة العقديـــة تنشأ - وبقوة القانون- بين المتعاقد مع الوكيل والموكل مباشرة وفقاً لنص المـــادة ١٠٦ مدنى ويكون لكل منهما الرجوع على الآخر لمطالبته بتنفيذ الالتزامات التـــى تثقل كاهلة - ومن ثم يصبح الوكيل المسخر أجنبياً عن ثمار تلك الرابطة.

الفرض الثانى: أن يكون الغير قد انصرف قصده إلى التعامل مـــع الوكيـــل المسخر وليس الموكل على الرغم من علمه بعلاقة التسخير، وفى هـــذه الحالـــة لا

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ سليمان مرقس - المرجع السابق - ص٢٣٩، ٢٤٠، دكتور/ عبد الحميـد محمود البعلى - المرجع السابق - صــ٢٠٤، دكتور/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - جــ٧ صــ٨١٢.

يكون الوكيل نائباً عن الموكل وتضاف إليه حقوق العقد والتزاماته، ولا يرجع الغير على الموكل مباشرة[١] كما لا يرجع الموكل على الغير[٢] ولا يعترض على ذلك بأن الغير يعلم بأن الذى يتعاقد معه وكيل لا أصيل، فمن القواعد المقررة فى التسخير أن هذا العلم لا يمنع من أن تضاف حقوق والتزامات العقد إلى الوكيل المسخر دون الموكل.

ويستطرد الأستاذ الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى قائلاً «إن البت فيما إذا كان الغير يقصد التعامل مع الوكيل المسخر أو مع الموكل مسألة واقع يفصل فيها قاضى الموضوع، والمفروض أنه يقصد التعامل مع الموكل مادام يعلم أن التعاقد لحساب هذا الأخير وذلك ما لم يثبت أنه يقصد التعاقد مع الوكيل المسخر[٣]....».

وقد رد على أنصار الاتجاه القائل بخضوع المسألة التى هى محور البحث لأحكام الصورية[٤] بقوله «إن ما يذهب إليه أنصار الصورية يتعارض مع ما هو متفق عليه إجماعاً من أن علم الغير بالتسخير لا يمنعه من أن يكون متعاقداً مع المسخر شخصياً، وهذا ما جعلنا نميز بين ما إذا كان قد قصد التعاقد مع المسخر فتسرى هذه القاعدة أو قصد التعاقد مع الموكل عن طريق المسخر، فتقوم العلاقة مباشرة بين الموكل والغير...»[٥] وقد استند فى ذلك إلى ما يذهب إليه جانب من الفقه[٦] والقضاء فى فرنسا بشأن الوكالة بالتسخير[٧]، وإلى بعض النصوص القانونية التى وردت فى التشريعات المختلفة، من ذلك نص المادة ٧٩٩ من قانون

---

١) ولكن يمكنه الرجوع على المتعاقد بمقتضى الدعوى غير المباشرة متى توافرت شروطها - استئناف مختلط ١٩١٥/١٢/١٥ مشار إليه فى كتاب دكتور/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - جـ٧ صـ٨٢٤ هامش رقم٥.

٢) وهذا لا يمنع دون الرجوع عليه بمقتضى الدعوى غير المباشرة - استئناف مختلط ١٩٢٩/١/١٥ مشار إليه فى كتاب دكتور/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط - جـ٧ صـ٨٢١ هامش رقم ٢.

٣) انظر فى تبنى هذا الاتجاه دكتورة/ سميحة القليوبى - المرجع السابق فقرة ٢٤ - صـ٣٦٤، ٣٦٥، دكتور/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط - جـ٧ - فقرة ٣١١ صـ٨١٢، ٨١٣.

٤) وعلى وجه التحديد ما ذهب إليه الدكتور/ اكثم الخولى والذى أشار إليه فى كتابه الوسيط جـ٧.

٥) الوسيط فى شرح القانون المدنى جـ٧ (سابق الإشارة إليه) صـ٨١٣ هامش ١.

٦) حيث أشار فى كتابه الوسيط، جـ٧، إلى بعض المراجع الفقهية وكذا أحكام القضاء الفرنسى صـ٨١٣ هامش ١.

7) Cass. civ. 25.1.1864. Precite.

الموجبات والعقود اللبنانى، والذى جاء فيه «إذا تعاقد الوكيل باسمه وبالأصالة عن نفسه كانت له الحقوق الناشئة عن العقد، ويبقى مرتبطاً مباشرة تجاه الذين عاقدهم، كما لو كان العمل يهمه وحده دون الموكل وإن يكن الذين عاقدهم قد عرفوه شخصاً مستعاراً أو وسيطاً يشتغل بالعمالة «العمولة»، وأيضاً نص المادة ١٧٠٥/١ من التقنين المدنى الإيطالى الجديد الذى جاء به «الوكيل الذى يعمل باسمه الشخصى يكسب الحقوق الناشئة من التصرفات التى يبرمها مع الغير، ويتحمل بالالتزامات حتى ولو كان الغير يعلم بوجود الوكالة».

الفرع الثانى

الفريق القائل بالتعويل على واقعة العلم بصفة الوكيل المسخر

ذهب جانب آخر من الفقه(١) إلى القول بأنه يتفق مع الأستاذ الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى على أن القصد هو جوهر وأساس العقد، وأن الوكالة العادية نوعان مكشوفة ومستترة وأن لكل نوع منهما قواعده الخاصة به فيما يتعلق بضوابط الأثر المترتب على إبرام العقد وفقاً له.

وأنه إذا كان هذا التقسيم الذى نادى به أنصار الفريق القائل بالتجريد النسبى لواقعة العلم من أثرها القانونى، لم ينص عليه المشرع صراحة كما فعل المشرع فى بعض الدول المختلفة(٢)، ولكن هذا التقسيم يستفاد من النصوص القانونية التى تنظم الوكالة العادية بصفة عامة، حيث تناول المشرع المصرى مسألة الآثار المترتبة على تكوين العقد بمقتضى فكرة الوكالة العادية، وشمل ذلك التنظيم نوعى الوكالة المكشوفة والمستترة، فقد أحال بمقتضى نص المادة ٧١٣ مدنى إلى نص المادتين ١٠٥، ١٠٦ مدنى بشأن بيان أثر تكوين العقد بمقتضى فكرة الوكالة العادية دون تخصيص، ومن ثم فإنه يتعين بحث هذه الآثار فى إطار الضوابط التى وردت فى هذين النصين، فقد قرر بمقتضى نص المادة ١٠٥ مدنى القاعدة العامة التى تنظم الآثار المترتبة على العقد الذى يتم إبرامه وفقاً لفكرة النيابة فى التعاقد وقرن تطبيقها بشرط جوهرى مفاده أن يكون التعاقد قد تم باسم الأصيل، وبذلك يكون قد تناول الوضع الغالب وهو تطابق معطيات التعبير - الصريح أو الضمنى - الصادر من النائب مع محتوى قصده بشأن صفته فى التعاقد، وهذه القاعدة تنطبق على الوكالة المكشوفة وفقاً لمبدأ الاحالة السابق بيانه. وبناء على ذلك فإن آثار العقد الذى يبرمه الوكيل تنصرف مباشرة فى ذمة الموكل إذا كان الوكيل قد عبر - صراحة أو ضمناً - عن صفته الحقيقية فى التعاقد بصرف النظر عما إذا كان المتعاقد معه يعلم حقيقة

---

١) راجع فى ذلك بالتفصيل: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد - المرجع السابق صـ١٢٣ ومابعدها.

٢) مثل المادة ٧٩٩ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى والمادة ١/١٧٠٥ من التقنين المدنى الإيطالى.

بهذه الصفة من عدمه، حيث إنه يكفى أن يستنتج من معطيات التعبير – الصريح أو الضمنى – صفة الوكيل وفقاً لما انصرف إليه قصده من خلال نظـرة موضـوعية خالصة.

وقد رأى المشرع بأن هناك حالات لا يعلن فيها النائب عن حقيقة صفته فى التعاقد سواء كان ذلك عن عمد أو إهمال، أو يعلن عنها ولكـن يـصل تعبيـره – الصريح أو المضنى – إلى علم من وجه إليه على نحو مغاير، وقد يأتى ذلك بفعل النائب نفسه باستخدام لغة لم يحسن فهم معانى[1] ألفاظها، أو من قام بكتابة الرسالة التى تتضمن معطيات التعبير، أو من جانب من كلف بنقل هذا الأخير، وبناء علـى ذلك فقد وضع المشرع حكماً موضوعياً بمقتضى نص المادة ١٠٦ مـدنى يعـالج بمقتضاه هذه المسألة وقرن تطبيق هذا الحكم بتحقق إحدى حـالتين همـا: انتفـاء مصلحة الغير فى تحديد الشخص الذى سوف تنصرف فى ذمته آثار العقد أو تحقق هذه المصلحة، ولكن توجد ظروف وملابسات يمكن من خلالها – وفقـاً لتـصرف الرجل المعتاد – التحقق من حقيقة الصفة فى التعاقد بمعزل عن معطيات التعبيـر الصريح أو الضمنى على حد سواء، فإذا ما توافرت إحدى هـاتين الحـالتين فـإن الرابطة العقدية تنشأ وبقوة القانون بين المتعاقد مع النائب والأصيل مباشرة[2]، ولا ريب أن الوكالة المستترة تخضع لهذا الحكم، ويفهم من ذلك أن آثار العقد الذى يتم إبرامه من خلال فكرة الوكالة بالتسخير تنصرف مباشرة فى ذمة الموكل إذا كـان المتعاقد مع النائب يعلم – حقيقة أو حكماً – بحقيقة صفة الوكيل أو كـان يـستوى عنده أن يتعاقد مع الأصيل أو النائب.

وبناء عليه فإن فكرة الوكالة بالتسخير لم تكن بعيـدة عـن ذهـن اللجنـة التشريعية التى تولت إعداد وصياغة نصوص القانون المدنى، بالرغم من أنها لـم تستخدم فى هذا الشأن ألفاظاً صريحة، كما فعلت اللجان التشريعية فى بعض الدول، ولكن ذلك لا يحول دون تطبيق حكم نص المادة ١٠٦ مدنى على آثار العقد الـذى يتم تكوينه من خلال تلك الفكرة.

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ منصور مصطفى منصور – البحث السابق – صـ٩٧، ٨٩، ٩٩.
٢) إعمالاً لنص المادة ١٠٦ مدنى.

وذهب أنصار هذا الرأى إلى القول بأن التفرقة التى نادى بها الأستاذ الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى بين نوعى الوكالة فإنها تصطدم مع صراحة النص، لأن الإحالة التى قررها المشرع بمقتضى نص المادة ٧١٣ مدنى جاءت عامة الأمر الذى يتعين صرفها إلى نوعى الوكالة المكشوفة والمستترة وأن عبارة نص المادتين (١٠٥، ١٠٦ مدنى) جاءت بدورها عامة مما يتعين صرف حكمها إلى الوكالة المكشوفة والمستترة على حد سواء إذا كان المتعاقد مع النائب يعلم بصفة هذا الأخير الحقيقية فى التعاقد أو كان يستوى لديه التعاقد مع الأصيل أو النائب.

ومضى أنصار هذا الرأى بالقول بأنه يتعامل مع نصوص قانونية تعبر عن فلسفة تشريعية معينة مما يستوجب احترامها بغض النظر عن مدى انسجامها مع قواعد العدالة من عدمه، فاحترام إرادة المشرع شيء، ومدى تواؤم الأحكام التى قررها مع مظلة العدالة شيء آخر، فالفصل بين هاتين المسألتين من الأمور الحتمية.

وأنه بناء على ذلك لا يتفق أنصار هذا الرأى مع ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى على الإطلاق على التجريد النسبى لواقعة العلم الحكمى بصفة النائب الحقيقية فى التعاقد، إذا كانت الرابطة العقدية تم تكوينها من خلال الوكالة بالتسخير وما فى حكمها، لما فى ذلك من مجافاة لروح النصوص القانونية فى إطار البيئة القانونية المصرية والكويتية على حد سواء، لأن ما يقول به فى هذا المقام يترتب عليه نتائج سلبية خطرة تتلخص فى الآتى:

النتيجة الأولى: وجوب تجريد واقعة العلم الحكمى التى نص عليها المشرع المصرى فى المادة ١٠٦ مدنى المتقدم ذكرها من أثرها القانونى، وبصورة مطلقة وليس بصورة جزئية، وهذا القول يناقض ما نصت عليه المادة ١٠٦ مدنى صراحة، والدليل على ذلك أن العلم الحكمى أو الافتراضى يتطلب انتفاء العلم الفعلى أو الحقيقى بصفة النائب الحقيقية فى التعاقد، غير أنه توجد ظروف وملابسات يمكن من خلالها العلم بتلك الصفة. ومعنى ذلك أن المتعاقد مع الوكيل المسخر يجهل صفة هذا الأخير، ومرد ذلك أنه لم يبذل عناية الرجل المعتاد فى

الكشف عن صفته الحقيقية فى التعاقد بمعزل عن معطيات التعبير الصريح أو الضمنى، وعن واقعة العلم الحقيقى بصفة الوكيل المسخر فى التعاقد فإن المادة ١٠٦ مدنى لم تنص على هذه الواقعة لأن المشرع قد تجنب النص عليها فى المادة المذكورة لأن الأثر المترتب عليها يدخل فى نطاق حكم القواعد العامة التى تنظم العقد، فى إطار البيئة القانونية المصرية والكويتية على السواء، ومن ثم لا يتسنى للمتعاقد مع النائب أن يثبت أن قصده قد انصرف إلى التعاقد مع الوكيل بصفته الشخصية كما يذهب إلى ذلك الأستاذ الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى لما ينطوى على ذلك من إهدار لمبدأ القوة الملزمة للعقد.

النتيجة الثانية: أنه مع التسليم بما ذهب إليه الأستاذ الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى فإنه لا يمكن إبرام العقد إذا كان قصد المتعاقد مع الوكيل المسخر قد انصرف إلى التعاقد مع الوكيل المسخر بصفته الشخصية، لأنه إذا كان المتعاقد مع الوكيل المسخر قد قصد التعاقد مع الوكيل بصفته الشخصية أى بصفته متعاقداً بالأصالة عن نفسه على الرغم من علمه بأنه يتعاقد بصفته وكيلاً مسخراً غير أن قصد الوكيل لم ينصرف إلى ذلك وإلا لما كان وجه لإثارة هذه المسألة، وهذا يحول دون توافر القصد المشترك للمتعاقد والذى يعتبر لب وجوهر العقد إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد المنبثق من مبدأ سلطان الإرادة، وبالتالى فإن العقد يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً وفقاً للتنظيم القانونى للعقد فى إطار البيئة القانونية المصرية والكويتية على السواء، وإذا كان العقد باطلاً بناء على ما تقدم ذكره فإنه لا ينتج أى أثر. وبالتالى تكون واقعة العلم الحقيقى مجردة من أثرها القانونى، وهذه النتيجة تتعارض مع قصد المشرع، لأنه كما سبق أن ذكرنا بأنه إذا كان المتعاقد مع الوكيل المسخر يعلم حقيقة بصفة هذا الأخير – التى لم يعلن عنها صراحة أو ضمناً – وبالرغم من ذلك تعاقد معه فإنه يفترض موافقته على التعاقد مع الموكل وأن هذا الافتراض غير قابل لإثابت العكس إعمالاً لمبدأ أن الجهل بالقانون ليس بعذر ومن ثم نكون بصدد تعاقد بطريق النيابة بالمفهوم الفنى والقانونى الأمر الذى يستوجب معه خضوع الآثار المترتبة على العقد لنص المادة ١٠٥ مدنى، وبذلك تنتج واقعة العلم الفعلى آثارها الطبيعية بالمفهوم والمعنى الذى كان يدور فى خلد اللجنة التشريعية التى تولت

إعداد وصياغة نصوص القانون المدنى المصرى، وأنه لو كانت لديها وجهة نظر مخالفة لذلك لكانت قد أضافت عبارة «... إلا إذا كان يعلم...» إلى عبارات نص المادة ١٠٦ مدنى.

النتيجة الثالثة: أن الأخذ بهذا الرأى يترتب عليه إهدار قيمة نص المادة ١٠٦ مدنى فى شقه الأول، مما يجعل تشريعه غير ذى جدوى وأن مشايعة هذا الاتجاه يقتضى القول بعدم وجود مجال لتطبيقه، لأنه إذا ما سلمنا إلى خروج الفروض المتقدم ذكرها من مجال تطبيق نص المادة ١٠٦ مدنى فلن يبقى إلا فرض واحد وهو أن يكون عدم إعلان النائب عن صفته – صراحة أو ضمناً – يرجع إلى تقصيره أو إهماله، بيد أن هذا الفرض وإن كان يخرج من مجال الوكالة بالتسخير وما فى حكمها، ذلك لأن هذا النوع من الوكالة له مفهوم قانونى محدد قوامه تعمد النائب عدم الإفصاح عن صفته الحقيقية فى التعاقد، سواء كان ذلك بناء على تعليمات الأصيل أو قام بذلك من تلقاء نفسه[1] إلا أنه لا يمكن أن يطبق عليه حكم هذا النص تمشياً مع فكرة القصد التى عول عليها لأنه قد عول على قصد المتعاقد مع الوكيل المسخر وأهمل قصد الوكيل المسخر، لأن العقد لا يقوم إلا بتطابق القصدين ذلك لأن القصد هو لب وأساس العقد كما سبق البيان.

النتيجة الرابعة: انتفاء الأساس فى إطار البيئة القانونية المصرية والكويتية الذى يتم بناء عليه تفضيل مصلحة المتعاقد مع الوكيل المسخر على مصلحة الوكيل المسخر، لأن الثابت أن كليهما يكون قد ارتكب خطأ وإلا لما كان هناك محل لإثارة هذه المسألة، لأن الفرض أن المتعاقد مع الوكيل المسخر قد عقد العزم والنية على التعاقد مع الوكيل بصفته الشخصية، وأنه لا يرغب فى التعاقد مع الموكل لاعتبارات معينة يعول عليها، ومن ثم كان من المتعين عليه أن يتحقق من صفة الوكيل الحقيقية فى التعاقد بعيداً عن معطيات التعبير – الصريح أو الضمنى – الصادرة منه، ونظراً لأن الفرض موضوع المناقشة يدور حول توافر واقعة العلم الحكمى أو الافتراضى بصفة الوكيل الحقيقية فى التعاقد فإنه يكون قد ارتكب خطأ،

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهورى – الوسيط فى شرح القانون المدنى جـ٧ صـ٨٠٣ ومابعدها، دكتور/ فيصل زكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ١٤٠، ١٤١.

وبالنسبة للوكيل المسخر فإنه يكون قد ارتكب هو الآخر لخطأ ذلك لأن المفترض فيه أن يكون تعبيره أميناً وصادقاً ومطابقاً لحقيقة قصده، وهو الأمر الذى لم يتحقق لأن معطيات التعبير الصادره منه تفيد بأنه يتعاقد لمصلحته الشخصية فى حين أن قصده قد اتجه إلى التعاقد لمصلحة الأصيل.

النتيجة الخامسة: إنكار مبدأ الجهل بالقانون ليس بعذر لأنه كما سبق البيان أن المشرع المصرى والكويتى على حد سواء قد أخذ بنظرية الإرادة الباطنة أصلاً عاماً، وخفف منها بنظرية الثقة على سبيل الاستثناء، ويفهم من ذلك أن الأصل العام فى تكوين العقد وفقاً للتشريع المصرى والكويتى هو القصد وليس التعبير، وهو الأمر الذى ركز عليه الأستاذ الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى، وبناء على ذلك فإن كل شخص يرغب فى إبرام عقد مع أحد الأغيار يجب أن يكون على علم تام بالتنظيم القانونى للعقد، والذى يقوم أساساً على القصد المشترك للمتعاقدين، وبالتالى لا يقبل منه أن يدعى بعدم العلم بهذا التنظيم إعمالاً لمبدأ الجهل بالقانون ليس بعذر، والذى ينسحب على وجود القاعدة القانونية ومضمونها فى ذات الوقت، وبناء على ذلك فإن إعطاء المتعاقد مع الوكيل المسخر سلطة التمسك بما اتجه إليه قصده، والذى لا يتطابق مع حقيقة قصد الوكيل بالرغم من أنه كان يعلم حقيقة أو حكماً بذلك ينطوى على إنكار لمبدأ الجهل بالقانون ليس بعذر ولا يكون أمامنا من أجل انقاذ هذا المبدأ سوى القول – تأييداً لمنطق هذا الاتجاه محل المناقشة – بأن المشرع المصرى أخذ بنظرية الإرادة الظاهرة، واعتبرها الأصل العام فى التعاقد تلك النظرية التى تعتد بالتعبير فى حالة مخالفته للقصد ولكن حقيقة الأمر خلاف ذلك وعلى ذلك شبه إجماع الفقه(١).

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ جلال على العدوى – المرجع السابق– صـ١٠٧، ١٠٨، دكتور/ حلمى بهجت بدوى – أصول الالتزامات – نظرية العقد ١٩٤٣ – مطبعة نورى بالقاهرة صـ٨١، ٨٢، ٨٧، دكتور/ حمدى عبد الرحمن – المرجع السابق صـ١٢٣، دكتور/ سليمان مرقص – المرجع السابق صـ١٤٨ وما بعدها، دكتور/ منصور مصطفى منصور – البحث السابق صـ٤ ومابعدها، دكتور/ وليم سليم قلاده – التعبير عن الإرادة فى القانون المدنى المصرى – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة ١٩٥٥ – المطبعة التجارية الحديثة بالقاهرة صـ٣ وما بعدها.

وأما فيما يتعلق بالأسانيد التى استند إليها الأستاذ الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى من نصوص تشريعية فى الدول المختلفة ومواقف الفقه والقضاء فى فرنسا لتدعيم وجهة نظره فإن هذا النهج يمكن التعليق عليه ومناقشته على الوجه التالى:

أولاً: أن كل مجتمع له النظام القانونى الخاص به والذى يختلف بطبيعة الحال عن النظم القانونية المطبقة فى المجتمعات الأخرى، وفيما يتعلق بأحد جوانب المسألة التى هى محور البحث يقول الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى «لا نرى التقيد بالمصدر التشريعى الذى استيقت منه نصوص التقنين المدنى، بل يجب اعتبار هذه النصوص كلا تنتظمه وحدة متناسقة ويستمد حياته من البيئة المصرية ومقتضياتها إذ هو موضوع لهذه البيئة بعد أن انتزع من أصله الأجنبى»[1].

وبناء على ذلك فإن مسألة تفسير نص قانونى معين واستخلاص الفرض والحكم الذى يتضمنه يجب أن يتم فى ظل البيئة القانونية التى نشأ فيها، وعلى ذلك فإنه لا يجوز أن نتخذ من النصوص القانونية التى وردت فى التشريعات المختلفة سنداً يمكن الاعتماد عليه فى استخلاص الأحكام الخاصة بالموضوع محل المناقشة من النصوص التى وردت فى التشريع المصرى، لأن ما قرره كل من المشرع اللبنانى والإيطالى – والذى استند إليه أنصار هذا الرأى – بشأن آثار العقد الذى يتم إبرامه من خلال نظام الوكالة بالتسخير يصطدم بصراحة نص المادة ١٠٦ مدنى وإن كان المشرع المصرى لم ينص صراحة على الأحكام الخاصة بالوكالة بالتسخير، إلا أن عبارة نصوص المواد (٦٩٩، ٧١٣، ١٠٥، ١٠٦ مدنى) يفهم منها بشكل واضح أن التنظيم القانونى يشمل الوكالة المكشوفة والمستترة على حد سواء لأنه لا يعقل أن ينظم المشرع الوكالة المكشوفة دون المستترة، ولو كان يقصد خضوع الوكالة المستترة لأحكام خاصة بها لما تردد فى النص على ذلك صراحة كما فعل المشرع اللبنانى والإيطالى، أوكان قد قرر فقرة تحيل – بشأنها – لأحكام الصورية.

---

(١) راجع فى ذلك: الوسيط فى شرح القانون المدنى جـ٧ صـ ٤٨٨ هامش (١).

ثانياً: أن ما يذهب إليه جانب من الفقه والقضاء فى فرنسا - والذى استند إليه الأستاذ الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى - لا يمكن الاعتداد به للأسباب التالية:

١- أن الموضوع محل النقاش مازال محلاً للجدل والخلاف فى الفقه والقضاء، فالبعض منهم يذهب إلى وجوب قيام الرابطة العقدية بين المتعاقد مع النائب والأصيل مباشرة[١]، وبصرف النظر عن التفرقة التى نادى بها الأستاذ الدكتور/ عبدالرزاق السنهورى، والبعض الآخر قرر قيامها بين الوكيل المسخر والغير المتعاقد معه[٢] بصفة مطلقة ويستفاد من ذلك أن الفقه والقضاء لم يتحدد موقفهما بشأن المسألة محل البحث كما أن التفرقة التى قال بها لم تلق تأييداً منهما وآية ذلك هو صرف النظر عنها وبصورة مطلقة حيث لم نجد أحداً من الفقه خاصة الحديث قد أشار إلى هذه التفرقة[٣].

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل - المرجع السابق صـ١٤٣، دكتور/ اكثم الخولى - مشار إليه فى كتاب الوسيط جـ٧، دكتور/ أنور سلطان - المرجع السابق صـ٣٦، دكتور/ثروت حبيب - المصادر الإرادية للالتزام فى القانون المدنى الليبى - منشورات جامعة قاريونس ١٩٧٨م صـ١٤٧، دكتور/ حسام الأهوانى - النظرية العامة للالتزامات - مصادر الإلتزام - الطبعة الثانية ١٩٩٥م□ صـ٣٣٥، دكتور/ سليمان مرقص - المرجع السابق صـ٢٣٦، دكتور/ عبد الحى حجازى - المرجع السابق صـ٧٦٧، ٧٩٩، ٨٠٠، دكتور/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط جـ٧ صـ٨١٣ هامش ١، دكتور/ عبد الرشيد مأمون - المسئولية العقدية عن فعل الغير - دار النهضة العربية(*) صـ٣٠ هامش ١، دكتور/ عبد المنعم البدراوى -المرجع السابق صـ٧١، المستشار/ محمد صالح - العقد فى قانون المعاملات المدنية مقارناً بالشريعة الإسلامية(*)□ صـ٥٠، دكتور/ محمد صبرى السعدى - المرجع السابق صـ٨٠، دكتور/ محمد زكى عبد المتعال - البحث السابق صـ٧، دكتور/ محمد على البدوى - النظرية العامة للالتزام جـ١ - مصادر الالتزام الطبعة الثانية ١٩٩٣ منشورات الجامعة المفتوحة صـ٨٠، دكتور/ محمد لبيب شنب - المرجع السابق صـ٧٥، ٧٦، دكتور/ مصطفى الجمال - شرح القانون المدنى- مصادر الإلتزام منشأة دار المعارف بالإسكندرية ١٩٩٠ صـ٢٦٨، دكتور/ مصطفى الزرقا - المرجع السابق صـ٧١، دكتورة/ نجوى فوزى شفيق - التصرف عن الغير فى القانون المدنى -دراسة مقارنة رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٨٦ صـ١٤٨.

ومن أحكام القضاء: نقض مدنى جلسة ١٩٨٠/٣/٥ الطعن رقم ١٢٧١ لسنة ٤٨ق، الطعن رقم ٦٤٨ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤، الطعن رقم ١١٥٥ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٩/٥/٣١، الطعن رقم ٥٥٧٦ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٧/١١/١.

٢) راجع فى ذلك: هامش ١، ٢ من صـ٤١٩ من الرسالة.

٣) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الحميد محمود البطى - المرجع السابق صـ٢٠٤.

٢- إذا كان هناك قله فى الفقه الفرنسى قد اتجه إلى الأخذ بهذه التفرقة فليس معنى ذلك التسليم بوجهة النظر هذه، بل إن الأمر يتطلب تحليل وجهة نظرها فى ضوء التنظيم القانونى للعقد وفقاً للنظام القانونى المصرى والكويتى، وقد سبق أن رأينا أن هذه التفرقة تصطدم بصراحة النصوص التى وردت فى التقنين المدنى المصرى والكويتى.

٣- إذا كانت محكمة النقض الفرنسية قد أصدرت بعض الأحكام التى تتفق مع وجهة نظر أنصار هذا الاتجاه، فإن ذلك يرجع إلى عدم وجود نص تشريعى فى التقنين المدنى الفرنسى مماثل لنص المادة ١٠٦ مدنى مصرى، وهو الأمر الذى اعترفت به اللجنة التشريعية وقت إعدادها وصياغتها للنص[1] المتقدم ذكره هذا من ناحية ومن ناحية ثانية فإن أحكام القضاء يغلب عليها الطابع العملى دون التأصيل النظرى، فضلاً عن أن محكمة النقض الفرنسية لم تسر فى أحكامها على نسق واحد[2] وهذا يكفى لعدم الاعتماد على ما قررته من أحكام.

وخلاصة القول يرى أنصار هذا الرأى أنه يجب خضوع آثار العقد الذى يتم من خلال الوكالة بالتسخير للأحكام التى قررها المشرع بمقتضى نصوص المواد (١٠٥، ١٠٦ مدنى مصرى، ٥٧، ٥٨ مدنى كويتى) ذلك لأن الإحالة وكذا عبارة نص المواد السابق الإشارة إليهما جاءت عامة مطلقة، الأمر الذى يتعين معه صرفها إلى الوكالة العادية بغض النظر عما إذا كانت مكشوفة أو مستترة وبغض النظر عما إذا كانت مدنية أو تجارية وأن القول بخلاف ذلك فيه تخصيص لهذه النصوص دون مخصص.

١) راجع المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى المصرى- جـ٢ الإلتزامات - مصادر الإلتزام -المواد من ٨٩ - ٢٦٤ صـ٩٩.

٢) راجع وعلى سبيل المثال الأحكام الآتية: Req 10, 2, 1936; civ 1, 11, 2, 1976, Préc
وراجع عكس ذلك: Cass. com 26,4,1982, préc.

الفرع الثالث
رأى الباحث فى هذه المسألة

وبعد أن استعرضنا هذه الآراء فأننى لا اتفق مع الرأى القائل بالتجريد النسبى لواقعة العلم بصفة الوكيل المسخر الحقيقية فى التعاقد من أثرها القانونى، ولكننى أؤيد الرأى القائل بالتعويل على واقعة العلم بصفة الوكيل المسخر الحقيقية فى التعاقد وعدم تجريدها من الأثر القانونى. ذلك لأن الوكيل المسخر يعتبر نائباً بالمعنى الفنى والقانون لأن طبيعة عمله تقتضى أن يشارك بإرادته فى إبرام العقد مع الأغيار باسمه الشخصى، وأن قصده وكذا قصد موكله قد انصرفا إلى عدم تأثر ذمته المالية سواء الإيجابية منها أو السلبية بالآثار المترتبة على العلاقة التعاقدية، وأن هذا يتواءم مع المفهوم الفنى للنيابة فى التعاقد، الذى يقتضى النظام القانونى الخاص بها أن يتم التعاقد من جانب النائب باسم وحساب الأصيل، وبذلك فإن جوهرها يكمن فى قصد النائب ولم يكتفى المشرع أن يتم التعامل باسم الأصيل، بل تطلب أيضاً أن ينصرف قصد النائب نحو التعاقد مع الأغيار بصفته نائباً وبناء عليه إذا ثبت أن إرادته الحقيقية قد اتجهت نحو التعاقد لمصلحته الشخصية، فلا يكون التعاقد قد تم وفقاً لفكرة النيابة بل يجب أن يثبت أن إرادته قد اتجهت إلى التعاقد لمصلحة الأصيل[١].

وبناء عليه يجب أن ينصرف قصد الوكيل المسخر وكذا قصد الموكل نحو انصراف الآثار المترتبة على العلاقة التعاقدية فى ذمة هذا الأخير، على اعتبار أن التعاقد تم لحسابه ولمصلحته وذلك بناء على العلاقة التعاقدية الموجودة بين الوكيل المسخر والموكل والتى تنظم ذلك، ومن الجدير بالذكر أن القصد هو لب وأساس العقد وعلى ذلك يجب أن ينصرف قصد كل من الوكيل المسخر والموكل على تأثر ذمة الأخير بالآثار المترتبة على العقد، وإلا يتوقف ذلك على قصد المتعاقد مع الوكيل المسخر كما ذهب إلى ذلك أنصار التجريد النسبى لواقعة العلم بصفة الوكيل

---

١) راجع فى ذلك بالتفصيل: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ ١٢٠ ومابعدها.

المسخر من أثرها القانونى، فمسألة العلم لها أهمية بالغة فى هذا الصدد لأنه إذا كان قصد المتعاقد مع الوكيل المسخر قد انصرف إلى التعاقد مع هذا الأخير بصفته نائباً بالرغم من علمه بأنه يتعاقد مع وكيل مسخر إلا أن قصد الوكيل المسخر لم ينصرف إلى ذلك بل انصرف إلى التعاقد لصالح الموكل، وهذا التعاقد على هذا النحو يحول دون توافر القصد المشترك للمتعاقدين الذى يعتبر لب وجوهر العقد كما سبق البيان.

إن البين من نص المادة ١٠٦ من القانون المدنى أنه لم يضع حكماً يقرر قيام الرابطة العقدية بين المتعاقد مع الوكيل المسخر والأصيل بالرغم من عدم تطابق القصدين للمتعاقدين منذ بداية التعاقد، ولكنه وضع حكماً يقرر قيام هذه الرابطة إذا أعلن الوكيل المسخر – صراحة أو ضمناً – أنه يتعاقد بصفته نائباً أو إذا علم المتعاقد مع الوكيل المسخر بصفة الأخير – حقيقة أو حكماً – فى التعاقد، أو كان يستوى لدى المتعاقد مع الوكيل المسخر التعاقد مع الأصيل أو النائب[1]، ويستفاد من نص المادة ١٠٦ مدنى أن المشرع قد عول على مسألة العلم بصفة الوكيل المسخر الحقيقية فى التعاقد ورتب عليها آثاراً قانونية، وبذلك فلا يوجد التزام على الوكيل المسخر بأن يعلن – صراحة أو ضمناً – عن صفته الحقيقية فى التعاقد، وذلك حتى يعلم الغير المتعاقد بالطرف الذى سوف تتأثر ذمته المالية بآثار العقد، ولكن يجب على المتعاقد مع الوكيل المسخر الوقوف على حقيقة صفة الأخير فى التعاقد وذلك من خلال التحقق من صفته الحقيقية فى التعاقد، وأنه فى حالة عدم إعلان الوكيل المسخر – صراحة أو ضمناً – عن صفته فى التعاقد سواء كان ذلك عن عمد أو أهمال، وعدم قيام المتعاقد مع الوكيل المسخر بالتحقق من هذه الصفة، ففى هذه الحالة لا يمكن تفضيل مصلحة المتعاقد مع الوكيل المسخر على مصلحة الوكيل المسخر لأن كليهما قد ارتكب خطأ فى حق نفسه عند بداية التعاقد، فالفرض أن المتعاقد مع الوكيل المسخر قد عقد النيه والعزم ورتب أموره على التعاقد مع الوكيل المسخر بصفته الشخصية، وأنه لا يريد التعاقد مع الموكل لاعتبارات معنيه يعول عليها، وبناء عليه كان عليه التحرى والتحقق من صفة الوكيل المسخر

١) راجع نص المادة ١٠٦ من القانون المدنى.

الحقيقية في التعاقد بعيداً عن معطيات التعبير الصريح أو الضمني الـــصادر منـــه، وبالنسبة للوكيل المسخر الفرض فيه أن يكون التعبير الصادر منه أمينـــاً وصـــادقاً مطابقاً لمحتوى قصده، لأن معطيات التعبير الصادرة منه تفيد بأنه يتعاقد لمصلحته الشخصية في حين أن قصده انصرف إلى التعاقد لمصلحة الموكل.

المطلب الثالث

الاتجاه القائل بخضوع تصرفات الوكيل المسخر لنص المادة ١٠٦ من القانون المدنى المصرى

عرض وتقسيم:

يذهب الاتجاه الغالب فى الفقه والقضاء إلى أن علم المتعاقد مع الوكيل المسخر – سواء كان علماً حقيقياً أو مفترضاً – بصفة الوكيل المسخر الحقيقية فى التعاقد، وأنه يتعاقد بصفته نائباً عن شخص محدد يترتب عليه انصراف آثار العقد وبقوة القانون فى ذمة الموكل مباشرة، وينتهى دور النائب حيث يصبح أجنبياً عن العقد وأن هذا الحكم يكون واجب التطبيق حتى لو كان عدم إعلان النائب عن صفته الحقيقية فى التعاقد يرجع إلى إهمال أو تقصير أو تعمد، ولكن أنصار هذا الاتجاه اختلفوا فيما بينهم حول أساس هذا الحكم، ويرجع ذلك إلى تأثر بعضهم بآراء الفقه والقضاء فى القانون المقارن.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع:

الفرع الأول: الفريق القائل بانصراف آثار العقد فى ذمة الموكل.

الفرع الثانى: الفريق القائل بعدم معالجة هذه المسألة من خلال أحكام الصورية.

الفرع الثالث: رأى الباحث فى هذه المسألة.

الفرع الأول

الفريق القائل بانصراف آثار العقد فى ذمة الموكل

يذهب أنصار هذا الاتجاه -وهو الاتجاه الغالب فى الفقه والقضاء[١] - إلـى القول بأنه إذا كان المتعاقد مع الوكيل المسخر يعلم - حقيقة أو حكماً - بصفة هـذا الأخير الحقيقية فى التعاقد، وكونه يتعاقد نيابة عن شخص محدد فإن الآثار المترتبة على العلاقة التعاقدية تنصرف - وبقوة القانون - فى ذمة الأصيل مباشرة، وينتهى دور الوكيل المسخر حيث يصبح أجنبياً عن هذه العلاقة التعاقدية، وأن هذا الحكـم يكون واجب التطبيق بصرف النظر عما إذا كان عدم الإفصاح عن الصفة يرجـع إلى إهمال أو تقصير أو تعمد، غير أن أنصار هذا الاتجاه قد اختلفوا فيمـا بيـنهم حول أساس هذا الحكم، خاصة إذا كان عدم الإفصاح عن الصفة يرجع إلى تعمد من جانب النائب، كما هو الشأن بالنسبة للوكيل المسخر ومن فى حكمه فذهب الـبعض منهم[٢] إلى أن هذا الأساس يكمن فى نص المادة ١٠٦ من القانون المدنى والـذى

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل - المرجع السابق صـ١٤٣، دكتور/ اكثم الخولى - مشار إليه فى كتاب الوسيط جـ٧، دكتور/ أنور سلطان - المرجع السابق صـ٣٦، دكتـور/ ثروت حبيب - المرجع السابق صـ١٤٧، دكتور/ حسام الأهوانى - المرجع السابق صـ٣٣٥، دكتور/ سليمان مرقص - المرجع السابق صـ٢٣٦، دكتور/ عبد الحى حجازى - المرجع السابق صـ٧٦٧، ٧٩٩، ٨٠٠، دكتور/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط جـ٧ صـ٨١٣ هامش رقم ١، دكتور/ عبد الرشيد مأمون - المرجع السابق صـ٣٠ هامش ١، دكتور/ عبد المنعم البـدراوى - المرجع السابق صـ٧١، المستشار/ محمد صالح - المرجع السابق صـ٥٠، دكتور/ محمد صبرى السعدى - المرجع السابق صـ٨٠، دكتور/ محمد زكى عبد المتعال - البحـث الـسابق صـ٧، دكتور/ محمد على البدوى - المرجع السابق صـ٨٠، دكتور/ محمد لبيب شنب - المرجع السابق صـ٧٥، ٧٦، دكتور/ مصطفى الجمال - المرجع السابق صـ٢٦٨، دكتور/ مـصطفى الزرقـا - المرجع السابق صـ٧١، دكتورة/ نجوى فوزى شفيق - الرسالة السابقة صـ١٤٨

وفى هذا المعنـى (PH), MALLNVAUD, droit des obligations, les mecanismes jurdidique des relations economique, 6é- éd 1992, P, 49 et 50, No. 41.

ونقض مدنى جلسة ١٩٨٠/٣/٥ الطعن رقم ١٢٧١ لسنة ٤٨ق، الطعن رقـم ٦٤٨ لـسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤، الطعن رقم ١١٥٥ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٩/٥/٣١، الطعن رقـم ٥٥٧٦ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٧/١١/١.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ سمير عبد السيد تناغو ودكتور/ نبيل إبـراهيم سـعد - النظريـة العامـة للالتزامات جـ٢ - مصادر الإلتـزام - العقـد - دار المعـارف الجامعيـة بالإسـكندرية ١٩٩١=

جرى نصها على أنه «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب». فقد رأى أنصار هذا الرأى أن عبارة النص جاءت عامة مما يستوجب صرف حكمة إلى جميع العلاقات التعاقدية التى يشارك النائب فى تكوينها مع الأغيار نيابة عن شخص محدد، دون أن يفصح -صراحة أو ضمناً- عن صفته هذه سواء كان ذلك عن عمد أو إهمال متى كان المتعاقد معه يعلم -حقيقة أو حكماً- بحقيقة قصده بشأن الشخص الذى تنصرف فى ذمته ثمار العقد وإن جهل المتعاقد بوجود النيابة فى هذه الحالة يكون جهلاً غير مغتفر لأن الشخص العادى لو وجد فى مثل هذه الظروف والملابسات التى أبرم فيها العقد لعلم بأن من يتعاقد معه لا يعمل لحساب نفسه، بل لحساب شخص آخر، وعلى ذلك يتعامل المتعاقد مع النائب معاملة من يعلم بوجود النيابة، مما يؤدى إلى انصراف آثار العقد مباشرة إلى الأصيل.

وفى هذا الصدد تقول محكمة النقض المصرية(1) بشأن أحد الطعون الذى طرح أمامها «.... ذلك بأن النص فى المادة ١٠٦ من القانون المدنى على أنه «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب» تنصرف إلى حالة الوكيل بالتسخير وهو من يتعاقد لحساب الموكل ولكنه لا يعلن وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ولذلك فإن أثر العقد لا يضاف إلى الموكل دائناً أو مديناً، ويستثنى من ذلك حالتان، وهما حالة ما إذا كان الغير يعلم أو من المفروض حتماً

=ص١١٩، ١٢٠، دكتور/ عبد المنعم البدراوى - المرجع السابق ص١٠٥، دكتور/ عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق ص٣٣٩، دكتور/ محمد حمدى مكى - الرسالة السابقة ص١٩٥ هامش١، دكتور/ محمد صبرى السعدى - المرجع السابق ص١٥٤، ١٥٥، دكتور/ محمد لبيب شنب - المرجع السابق ص٧٥، ٧٦، دكتور/ مصطفى الزرقا - المرجع السابق ص٧١، دكتورة/ نجوى فوزى شفيق - الرسالة السابقة ص١٤٨.

1) راجع فى ذلك: نقض مدنى جلسة ١٩٩٧/١١/١ الطعن رقم ٥٥٧٦ لسنة ٥٦ق.

أن يعلم بأن الوكيل إنما يتعاقد لحساب الموكل، وحالة ما إذا كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الوكيل أو مع الموكل، وفى هاتين الحالتين إذا كشف الموكل عن صفته كان له الرجوع مباشرة على الغير كما يكون للغير أن يرجع عليه طبقاً لأحكام الوكالة....» وذهب البعض الآخر[١] إلى تأصيل الحكم المتقدم ذكره على قواعد الصورية فقد رأى أنصار هذا الرأى أن المتعاقد مع النائب يعتبر من طائفة الأغيار بالنسبة للعلاقة القائمة بين الموكل والوكيل المسخر، والتى تنطوى على نوعين من التصرف، أحدهما حقيقى وهو انصراف آثار العقد الذى يساهم الوكيل فى تكوينه مع الغير فى ذمة الموكل مباشرة وثانيهما: صورى وهو انصراف أثر هذا العقد -من حيث الظاهر- فى ذمة الوكيل المسخر، وبالتالى فإنه يمكنه التمسك بالحقيقى أو الصورى وفقاً لما تقتضيه مصلحته الشخصية، بشرط أن يكون حسن النية متى كان يبغى التمسك بالعقد الصورى[٢] ونتيجة لأنه يعلم بصفة النائب الحقيقية فى التعامل، فذلك يحول دون تمسكه بهذا الأخير لتخلف هذا الشرط، ولا يكون أمامه - فى هذه الحالة - سوى التمسك بالعقد الحقيقى، وذلك يترتب عليه قيام الرابطة العقدية بينه وبين الموكل ويحق لكل منهما الرجوع على الآخر لمطالبته بما يشغل ذمته المالية من التزامات ناتجة عنها ويصبح الوكيل أجنبياً عن ثمار تلك الرابطة.

وفى ذلك يقول الأستاذ الدكتور/ أكثم الخولى[٣]، «.... إذا كان الغير يعلم بالتسخير فإن قواعد الصورية هى التى تنطبق ولا يستطيع الغير أن يحتج بالعقد

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ أكثم الخولى - مشار إليه فى كتاب الوسيط جـ٧، دكتور/ محسن عبد الحميد البيه -المرجع السابق صـ١٩٠.

وفى هذا المعنى أيضاً راجع: DAGOT, la simulation en droit prive, these, L.G.D.J. No 116 et. s;
MART et RAYAAUD, les obligations, 1962, No. 273, PLANIOL et RIPERT, Traite pratique de droit civil, T.VI, 2é, éd par Esmein, 1952, No. 333, P.428, Note 2; J.D. Berdin, remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simule, R.T.D. civ, 1956, p, 268, No 13 et 14; RIEG (A), le rôle de la volonte dans l'acte juridique en droit civil Francais et allemand, th, strasbourge, 1959, No. 489.

٢) عملاً بالمادة ١/٢٤٤ مدنى.

٣) مشار إليه فى الوسيط فى القانون المدنى جـ٧ للأستاذ الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى صـ٨١٣ هامش ١.

الصورى لعلمه بالصورية، وتسرى عليه أحكام العقد الحقيقى فيعتبر أنه قد تعاقد مع الوكيل باعتباره نائباً عن الموكل....».

وبالتطبيق لذلك قضت محكمة النقض المصرية - بشأن أحد الطعون الذى طرح أمامها[١]، «.... إذا كانت الوكالة بالتسخير - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- تقتضى أن يعمل الوكيل باسمه الشخصى وإن كان يعمل لحساب الموكل الذى يكون اسمه مستتراً، ويترتب عليها - تطبيقاً لقواعد الصورية التى تستلزم أعمال العقد الحقيقى فى العلاقة بين الموكل والوكيل المسخر - أنها تنتج قبل الموكل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة، فينصرف أثر العقد الذى يبرمه الوكيل المسخر إلى كل من الموكل ومن تعاقد مع هذا الوكيل».

وذهب جانب آخر إلى أن الحكم المقرر بمقتضى نص المادة ١٠٦ مدنى فيما يتعلق بالوكالة بالتسخير لا يعدو أن يكون سوى تطبيق لقواعد الصورية بطريق التسخير.

وفى ذلك تقول محكمة النقض المصرية[٢] «النص فى المادة ٧١٣ والمادة ١٠٦ من القانون المدنى يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- على أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذى تخوله الوكالة إصداره لا بصفته وكيلاً ولكن بصفته أصيلاً، ذلك أن وكالته فى هذه الحالة تكون مستترة، ويعتبر وكأنه قد أعار اسمه للأصيل الذى وكله فى إبرام العقد، وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة، فينصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل وإلى من يتعاقد مع الوكيل المستتر».

وفى حكم آخر حديث لها قضت محكمة النقض[٣]، «.... ولما كانت الوكالة بطريق التستر أو التسخير ليست إلا تطبيقاً لقواعد الصورية فإن العلاقة بين الموكل

---

١) راجع فى ذلك: نقض مدنى جلسة ١٩٨٩/٥/٣١، (سابق الإشارة إليه) وفى نفس المعنى الطعنان رقما ٢٤٣٧، ٢٤٦٦ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٣/٥/٣.

٢) راجع فى ذلك: نقض مدنى جلسة ١٩٨٥/١/١٦ الطعن رقم ٧٣٢- مجموعة أحكام النقض السنة ٣٦ جـ١٢ رقم ٣٤ صـ١٢٦، ١٩٩١/٥/٢٢ الطعن رقم ٢١٥٠ لسنة ٥١ق، الطعنان رقما ٢٤٣٧، ٢٤٦٦ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٣/٥/٣.

٣) جلسة ١٩٩٣/٥/٣ سابق الإشارة إليه.

والوكيل المسخر يحكمها العقد الحقيقى الذى يسرى فيما بينهما، وبالتالى فعلى من يدعى بقيامها أن تثبت وجودها أما فى علاقة الغير بهذا الأصيل فإن المقرر وعلى ما تقضى به المادة ١٠٦ سالفة البيان أن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً إلا فى حالتين هما إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب.....».

وفى هذا المعنى قضت محكمة الاستئناف العليا بالكويت بشأن أحد الطعون الذى طرح أمامها[1] «... المادة ٥٧ من القانون المدنى تنص على أن «تطبق المواد من ٥٦ إلى ٦١ الخاصة بالنيابة فى التعاقد، فى علاقة الموكل بمن تعاقد معه الوكيل». والنص فى المادة ٥٧ مدنى على أنه «إذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فإن كل ما يترتب على هذا العقد من آثار ينصرف مباشرة إلى الأصيل «يدل على أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذى تخوله الوكالة إصداره لا بصفته وكيلاً ولكن بصفته أصيلاً، ذلك أن وكالته فى هذه الحالة تكون مستترة، ويعتبر وكأنه قد أعار اسمه للأصيل الذى وكله فى إبرام العقد، وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة، فينصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل وإلى من يتعاقد مع الوكيل المستتر...» ويذهب أنصار هذا الرأى إلى أن محكمة الاستئناف العليا بالكويت قد تأثرت بما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية فى بعض أحكامها، ولم تتنبه إلى وجود نص خاص بذلك فى القانون المدنى الكويتى (نص المادة ٥٩) ليس له نظير فى القانون المدنى المصرى.

---

١) راجع فى ذلك: دائرة التمييز فى ١٩٨٧/٢/٤ - مجلة القضاء والقانون - عدد أكتوبر ١٩٩٤ السنة ١٥ العدد ١ صـ١٠٠ رقم ٢٦ (أشار إليه الدكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد فى مؤلفه أثر عدم إعلان النائب عن صفته الحقيقية فى التعاقد صـ١٥٤).

الفرع الثانى

الفريق القائل بعدم معالجة هذه المسألة من خلال أحكام الصورية

ذهب جانب آخر من الفقه[١] إلى أنه يؤيد الاتجاه الذى يرى قيام الرابطة العقدية بين الأصيل والغير المتعاقد مع الوكيل المسخر، إذا ثبت أن واقعة العلم الحكمى بصفة الوكيل المسخر الحقيقية فى التعاقد قد توافرت لدى المتعاقد مع الوكيل المسخر، وأن هذا الأخير يعلم بصفة الوكيل المسخر الحقيقية فى التعاقد وكونه لا يتعاقد لحسابه الشخصى وإنما يتعاقد لحساب الأصيل. ولكنه لا يتفق مع ما ذهب إليه البعض منهم إلى أن قيام الرابطة العقدية بين المتعاقد مع الوكيل المسخر والأصيل يجد أساسه فى الصورية وخاصة الصورية النسبية بطريق التسخير أو الاسم المستعار، كما أنه لا يتفق مع ما ذهب إليه البعض الآخر إلى أن الحكم الوارد بنص المادة ١٠٦ مدنى لا يخرج عن كونه تطبيقاً لأحكام الصورية، ذلك لأن ما ذهب إليه كل فريق لا يتفق مع حقيقة قصد المشرع المصرى فبالرغم من وجود تشابه بين الصورية بطريق التسخير والوكالة بالتسخير والذى يتمثل فى أن كليهما ينصب على الصفة فى التعاقد، إلا أنه يوجد بينهما اختلاف من حيث تكوين العقد والآثار المترتبة على ذلك، وهو الأمر الذى حدا بالمشرع إلى الفصل بينهما[٢] وذلك عن طريق وضع نصوص تشريعية توضح الآثار المترتبة على العقد الذى يتم إبرامه وفقاً لنظام الوكالة بالتسخير إعمالاً للمادة ١٠٦ مدنى، والصورية بصفة عامة التى تحكمها المادتين ٢٤٤، ٢٤٥ مدنى، ولا ريب أن الأخذ بقواعد الصورية فى هذا الصدد يتعارض مع صراحة نص المادة ١٠٦ مدنى، فإذا كان الحكم الوارد بنص المادة ١٠٦ مدنى يتفق من حيث الظاهر مع حكم الصورية بالنسبة للغير سئ النية، إلا أنهما يختلفان فى حقيقة الأمر من حيث ضوابط الاستفادة من كل منهما، لأنه فى الصورية خول المشرع للغير التمسك بالعقد الحقيقى أو الصورى وفق ما

---

١) راجع فى ذلك بالتفصيل: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد - المرجع السابق/ص١٥٥ وما بعدها.

٢) وهذا ما ذهب إليه جانب من الفقه الفرنسى. راجع على سبيل المثال: PLANIOL et PIPERT, traite pratique de droit civil, 1952, T.6, par Esmein, p. 428, No. 333; BREDIN, op. cit, No. 13 et 14; RIEG, th, prec, No. 489.

تقتضيه مصلحته الشخصية واشترط من أجل تطبيق هذا الحكم توافر حسن النية لديه، أى أن المشرع بموجب حكم الصورية أعطى للغير حق الخيرة بين التمسك بالعقد الحقيقى أو الصورى وذلك حسبما يراه محققاً لمصلحته، ومن ثم إذا كان الغير سئ النية فإنه لا يستفيد من حق الخيرة المتقدم ذكره، ولا يكون أمامه من خيار سوى أن يتمسك بالعقد الحقيقى إعمالاً للمادة ٢٤٤ مدنى.

وبالرغم من أن الفقه والقضاء قد استقرا على أن العلم الفعلى من جانب الغير بالصورية يستخلص منه - وبصورة مطلقة - سوء النية فإن الخلاف ما زال قائماً بينهم حول ذلك إذا كان العلم بالصورية مفترضاً أو حكمياً.

فذهب بعضهم[١] إلى أن العلم الحكمى أو المفترض بالصورية يقيم قرينة بسيطة - تقبل إثبات العكس - على توافر سوء النية.

وذهب جانب آخر[٢] إلى أن سوء النية يكون مفترضاً إذا كان الغير يعلم حكماً بالصورية وجعل هذا الافتراض غير قابل لإثبات العكس.

والواقع أن مسألة توافر حسن أو سوء النية يقاس بمعيار شخصى وليس موضوعياً وهذا أمر طبيعى ويتفق مع المنطق، لأن مسألة حسن أو سوء النية تتعلق بالقصد وهو من الأمور النفسية الداخلية التى لا يستطيع الغير الاطلاع عليها والتى تختلف بالتالى من شخص لآخر، وبناء على ذلك فإن سوء النية يستخلص - من حيث المبدأ - من العلم الفعلى أو الحقيقى بالصورية[٣]. أما فيما يتعلق بالعلم

---

١) راجع فى ذلك: المستشار/ أنور العمروسى - التعليق على نصوص القانون المدنى المصرى جـ١ ١٩٧٨□ صـ٧٥٦، دكتور/ سليمان مرقص - قوة المحررات العرفية فى الإثبات بحث منشور فى مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٤ - ١٩٤٤ صـ٧٨، ٧٩، نقض مدنى ١٩٧٣/١١/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ جـ٢- ١٩٧٣ صـ١٢٨٥.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ مجدى حسن خليل - الصورية - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس ١٩٩٢ صـ١٩٢.

٣) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد المنعم البدراوى -النظرية العامة للالتزام جـ٢ أحكام الإلتزام - دار النهضة العربية صـ٢١١(*)، دكتور/ محمد على عمران - الوجيز فى آثار الإلتزام ١٩٨٤ مكتبة سعيد رأفت صـ١١٠، دكتور/ محمد لبيب شنب -أحكام الإلتزام وإثباته(*)□ صـ٢٨١، دكتور/ محمود جمال الدين زكى - الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى طبعة ١٩٧٨ - مطبعة جامعة القاهرة صـ٨١٤ ومن أحكام القضاء - نقض مدنى ١٩٦٥/١٢/٩ مجموعة النقض المدنى السنة ١٦ جـ٣ صـ١٢٢٣، ١٩٧١/٤/٢٢ مجموعة=

الحكمى أو الإفتراضى فلا يمكن إثارته من حيث المبدأ فى مجال الصورية ذلك لان هذا النوع من العلم يتطلب بالضرورة الجهل حقيقة بالصورية، غير أنه توجد ظروف وملابسات يستطيع الشخص من خلالها العلم بالصورية لو أنه قد بذل عناية الرجل العادى فى سبيل ذلك، ومع التسليم بأن الغير إذا لم يبذل عناية الرجل العادى فى سبيل العلم بالصورية يكون مقصراً فى هذه الحالة، ولكن هذا المسلك لا ينفى عنه حسن النية والقول بخلاف ذلك فيه هدم لمفهوم حسن النية(١).

ومن جهة أخرى أن المشرع قد اشترط للتمسك بحق الخيرة بين العقد الحقيقى والصورى بتوافر حسن النية فى جانب الغير وأن حسن النية لها مفهوم قانونى محدد، لا يجوز الخروج عنه ولو كانت إرادة المشرع قد اتجهت إلى الاكتفاء فى هذا الشأن بالعلم – الحقيقى أو الحكمى – بالصورية لكان قد نص على ذلك صراحة دون تردد، وجاءت الصياغة على النحو التالى «إذا إبرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص أن يثبتوا الصورية بجميع الوسائل ويتمسكوا بالعقد الصورى، متى كانوا لا يعلمون بالصورية كما لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر» أو كان قد إلتفت عن هذه المسألة وتجاهل النص عليها كما فعل المشرع الفرنسى.

وعلى ذلك فإن الخلاف الذى ثار حول مدى اعتبار العلم الحكمى بالصورية يعد قرينة بسيطة أو قاطعة على توافر سوء النية من عدمه من جانب الغير، لا يكون وارداً فى التشريع المصرى لأن عبارة نص المادة ٢٤٤ مدنى جاءت واضحة وقاطعة وصريحة بشان اشتراط توافر حسن النية، والذى يقاس كما سبق البيان بمعيار شخصى بحت وبالقطع فهناك فارق بين سوء النية والعلم.

=النقض المدنى السنة ٢٢ صـ٥٥٣، ١٩٧٣/١١/٢٨ مجموعة النقض المدنى السنة ٢٣ جـ٣ صـ١٢٨٥، ١٩٧٥/١/٢٦ مجموعة النقض المدنى السنة ٢٦ جـ١ صـ٢٥٣، ١٩٧٥/١١/٢٧ مجموعة النقض المدنى السنة ٢٦ جـ٢ صـ١٥١٥.

Com 10,6,1953, B. civ 111, No 216; civ 14, 6, 1966, B. civ 1, No 363; 27,6,1973. B. civ 1V, No 227; cass, civ, 1,22,2,1983, J.C.P. 85, 2035. GESTIN (J) et GOUBEAUX (G), traite de droit civil, 2e, ed 1982, L.B.D.J. No. 57. AUBRY et RAU, cours de droit civil Francais, 4e, ed, T,8,1878, p. 268.

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ١٥٧.

وعلى الرغم من أن انتفاء العلم بالصورية يستخلص منه وبصورة مطلقة مسألة حسن النية، إلا أنه ليس معنى ذلك أن توافر العلم بالصورية وجوب القول بسوء النية، فالعلم على هذا النحو يشكل قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، وعلى النقيض من ذلك بالنسبة لضوابط تطبيق حكم نص المادة ١٠٦ مدنى المتقدم ذكره، فقد أورد المشرع به حكمين لمواجهة حالتين هما: الأولى انتفاء مصلحة الغير فى تحديد الشخص الذى تتأثر ذمته المالية بآثار العقد، والثانية وجود مصلحة للغير فى ذلك ولكن توافرت واقعة العلم الحكمى بصفة النائب الحقيقية فى إبرام العقد وكونه يتعاقد نيابة عن شخص محدد، دون أن يشير نص المادة من قريب أو بعيد إلى مسألة حسن النية الأمر الذى يستفاد منه اتجاه إرادة المشرع إلى الفصل بينه وبين أحكام الصورية[١]. وبناء على ذلك فإن مشايعة منطق الاتجاه القائل بأن حكم نص المادة ١٠٦ مدنى لا يعدو أن يكون تطبيقاً لأحكام الصورية يترتب عليه أن يفقد هذا النص قيمته التشريعية الأمر الذى يجعل وضعه عديم الفائدة ويتحقق ذلك على النحو التالى:

أولاً: إذا كان يستوى لدى الغير المتعاقد التعاقد مع الأصيل أو الوكيل المسخر، أي لم تكن له مصلحة فى تحديد الشخص الذى تتأثر ذمته المالية بآثار العقد فإن الرابطة العقدية تنشأ وبقوة القانون بينه وبين الأصيل مباشرة إعمالاً لأحكام المادة ١٠٦ مدنى، ويصبح النائب بالتالى أجنبياً عن آثار العقد – بصرف النظر عما إذا كان يعلم – حقيقة أو حكماً بصفة النائب الحقيقية فى التعاقد من عدمه مع أن تطبيق أحكام الصورية فى هذه الحالة تعطيه الحق فى إبرام العقد مع النائب أو الأصيل وفق ما تقتضيه مصلحته الشخصية البحتة، إذا كان لا يعلم – حقيقة أو حكماً – بصفته الحقيقية فى التعاقد، لأن مفهوم المصلحة فى مجال الصورية يختلف عن مفهومها فى نطاق تطبيق حكم نص المادة ١٠٦ مدنى، لأنه فى نطاق الصورية يتم النظر إليها وقت التمسك بإحكامها بعكس الحال فى مجال حكم نص المادة ١٠٦ مدنى حيث يتم تحديدها وقت إبرام العقد وليس قبل أو بعد ذلك، كما أنه إذا ما أراد الغير التمسك بأحكام الصورية فإنه يفترض أن توجد مصلحة له فى ذلك، بعكس الحال بالنسبة لحكم نص المادة ١٠٦ مدنى حيث إن تحديد مدى توافر هذه المصلحة

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ١٥٧، ١٥٨.

من عدمه يخضع لضوابط محددة وبناء على ذلك فإن خضوع المسألة محل النقاش لأحكام الصورية يؤدى إلى إهدار الحماية القانونية للأصيل ودائنيه.

ثانياً: إذا اختار الغير التعاقد مع النائب ورفض من حيث المبدأ التعاقد مع الأصيل الذى انصرف قصد النائب إلى التعاقد لمصلحته، فإنه بإمكانه أن يتمسك بقيام العقد مع النائب إذا كانت مصلحته تقتضى ذلك وإذا ما انتفت واقعة العلم الحقيقى بصفة النائب الحقيقية فى التعاقد، لأنه يعد فى هذه الحالة حسن النية حتى ولو كانت واقعة العلم الحكمى أو الافتراضى بصفة النائب الحقيقية فى التعاقد متوافرة وهذا بلا شك ينطوى على تعطيل لحكم نص المادة ١٠٦ مدنى فى شقه الأول الأمر الذى يجعل تشريعه غير ذى فائدة الأمر الذى يتعين تجنبه.

ولو أن المشرع كان يقصد تطبيق أحكام الصورية على الوكالة المستترة وخاصة الوكالة بالتسخير لكان قد نص على ذلك فى المادة ٧١٣ مدنى عن طريق فكرة الإحالة إلى الصورية وذلك من خلال وضع فقرة مستقلة توضح ذلك فى نص المادة ٧١٣ مدنى، خاصة إذا ما أخذنا فى الاعتبار بأن المشرع غير مقيد باستخدام كمية معينة من العبارات فى صياغة النصوص، وبالتالى فإن ذلك كان يغنيه عن اصطدام قواعد الصورية بحكم نص المادة ١٠٦ مدنى، وبذلك فإن المشرع كان على علم تام بالنتائج السلبية المترتبة على فكرة الإحالة إلى قواعد الصورية فى هذا الخصوص ومن أجل ذلك لم يقدم على هذه الخطوة[1].

وأنه بناء عليه فإن أنصار هذا الرأى لا يؤيدون وجهتى النظر محل المناقشة خاصة وأنه لا يوجد مسوغ قانونى قوى يمكن الاعتماد عليه وبالتالى يسمح بالخروج عن الأحكام التى وضعها المشرع فضلاً عن أن الانتصار لإحداهما ومشايعته يترتب عليها هدم مفهوم المصلحة الذى عناها المشرع بخصوص حكم نص المادة ١٠٦ مدنى فى شقها الثانى، وبالتالى يتعين على القاضى تقدير مدى وجود هذه المصلحة من عدمه وأن يضع فى اعتباره وقت تكوين العقد أى التاريخ الذى إبرم فيه وليس قبل أو بعد ذلك وعلى عكس ذلك بالنسبة لنظام الصورية فإن المصلحة يمكن أن تنشأ للغير فى أى وقت.

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ١٥٩.

الفرع الثالث
رأى الباحث فى هذه المسألة

وبعد أن استعرضنا هذه الآراء التى قال بها الفقه والقضاء فأننى اتفق مع أنصار الاتجاه القائل بقيام الرابطة العقدية بين الموكل والغير المتعاقد مع الوكيل المسخر وبقوة القانون، إذا ما توافرت واقعة العلم الحكمى بصفة الوكيل المسخر فى التعاقد ولكننى أؤيد الاتجاه القائل بعدم معالجة مسألة العلم بصفة الوكيل المسخر من خلال أحكام الصورية، والذى لا يرى أن حكم نص المادة ١٠٦ مدنى لا يعدو أن يكون تطبيقاً لأحكام الصورية كما ذهب أنصار هذا الرأى.

وعلى ذلك لا يمكن التسليم بمعالجة مسألة العلم الحكمى بصفة الوكيل المسخر من خلال أحكام الصورية، كما لا يمكن اعتبار نص المادة ١٠٦ مدنى تطبيقاً لأحكام الصورية، ذلك أنه على الرغم من وجود تشابه بين الصورية بالتسخير والوكالة بالتسخير ينصب على الصفة فى التعاقد لأن كل منهما يبدو أمام الغير على أنه الطرف الحقيقى فى التعاقد، إلا أنه يوجد بينهما اختلاف من حيث تكوين العقد. فالصورية من خلال استعارة الاسم تقتضى وجود اتفاق بين طرفى العقد على أن يستعير أحدهما اسم شخص من الأغيار بحيث يظهر هذا الأخير أمام الناس على أنه الطرف الحقيقى فى العقد فى حين أن الحقيقة على خلاف ذلك، ويستفاد من ذلك أن الصورية التى ترد على الاسم لها مفهوم قانونى محدد لأنها تنصب على الصفة العقدية فى حد ذاتها، وأنها تقتضى أن يوجد اتفاقين مستقلين: الأول يتم تكوينه بين صاحب الاسم المستعار ومستعير الاسم وتكون لإرادة كل منهما دور فعال وإيجابى فى إبرام العقد. والثانى يتم إبرامه بين المستعير للاسم وأحد الأغيار[1].

وجدير بالذكر أنه إذا كان صاحب الاسم المستعار يقوم بالتوقيع على العقد باسمه الشخصى إلا أنه لا يكتسب صفة الطرف بالمفهوم الشكلى، لأنه لم يشارك

---

١) راجع فى ذلك بالتفصيل: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢٤٨ وما بعدها.

بإرادته فى إبرام العقد، وأن كل ما قام به من إجراء هو عمل مادى بحت وهو التوقيع على العقد، إلا أن الوكيل المسخر يقوم بالمشاركة بإرادته فى إبرام العقد مع الغير وذلك بصورة إيجابية وفعالة وبذلك يكتسب صفة الطرف بالمفهوم الشكلى وهذا يحول دون اعتبار الوكالة بالتسخير إحدى صور الصورية بالتسخير، كما أنه لا يوجد من الناحية الفنية معاصرة فى تكوين عقد التسخير والعقد الذى يشارك فيه الوكيل المسخر مع أحد الأغيار(١)، فضلاً عن عدم وجود اتفاق بين الموكل والمتعاقد مع الوكيل المسخر على استعارة اسم هذا الأخير لأن الفرض أن المتعاقد مع الوكيل المسخر لم يعلم حقيقة أو حكماً بصفة الوكيل المسخر الحقيقية فى التعاقد وعلى ذلك لا يمكن اعتبار الوكالة بالتسخير أحدى صور الصورية بالتسخير، كما يوجد اختلاف بين الوكالة بالتسخير والصورية بالتسخير من حيث الآثار المترتبة على العلاقة التعاقدية التى تنشأ فى ضوء أحكام كل منهما، فالآثار المترتبة على العقد الذى يتم من خلال الوكالة بالتسخير يتسلمها الوكيل المسخر أولاً قبل أن تستقر فى ذمة الأصيل على اعتبار أنه يبدو فى الظاهر أنه يتعاقد لمصلحته الشخصية، فى حين أن الآثار المترتبة على العقد الذى يتم من خلال الصورية بالتسخير أو الصورية من خلال استعارة الاسم فتتصرف مباشرة إلى ذمة المستعير للاسم ومن ثم لا تمر بالمرة بذمة صاحب الاسم المستعار وهو الأمر الذى دفع بالمشرع إلى الفصل بينهما عن طريق وضع نصوص قانونية توضح آثار العقد الذى يتم إبرامه وفقاً لفكرة الوكالة بالتسخير بموجب المادة ١٠٦ من القانون المدنى والصورية بصفة عامة بموجب المادتين ٢٤٤، ٢٤٥ مدنى.

ولما كان الثابت فى مجال الصورية عموماً أن العقد الحقيقى هو الذى يسرى فيما بين المتعاقدين والخلف العام، وذلك على سند ما نص عليه المشرع صراحة فى المادة ٢٤٥ مدنى، فإن ذلك يعنى أنه بخصوص الصورية بالتسخير فإن مستعير الاسم هو الذى تنصرف فى ذمته آثار التصرف دائناً أو مديناً وليس صاحب الاسم المستعار أو المسخر، وذلك باعتبار أن الأول هو المتعاقد الحقيقى فى حين أن الثانى هو مجرد متعاقد صورى، فلا يكون له المطالبة بالحقوق الناشئة عن التعاقد

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢٥١.

- والذى اقتصر دوره فيه على عمل مادى محض وهو التوقيع باسمه على العقد كما سبق الإشارة - كما لا تصح توجيه المطالبة إليه عن الالتزامات الناشئة عنه. فى حين أنه فى مجال الوكالة بالتسخير فإن آثار العلاقات التعاقدية التى يساهم فى تكوينها الوكيل المسخر لا تتصرف في ذمة الأخير ولكنها تتصرف في ذمة الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر، بحيث يكون كل منهما هو الدائن والمدين للآخر بالحقوق والالتزامات الناشئة عن التعاقد وذلك وفقاً لما نص عليه المشرع صراحة فى المادة ١٠٦ مدنى، وتجدر الإشارة أن الوكيل المسخر يلتزم بنقل آثار التعاقد الذى أبرمه من حقوق والتزامات لحساب الموكل، وذلك تنفيذاً لعقد الوكالة المبرم بينهما، ولكنها قبل ذلك تكون في يده على سبيل الأمانة فإذا تصرف فيها بأى وجه من أوجه التصرفات سئل عن التصرف فى ملك الغير طالما اعترفنا له أى للوكيل المسخر بأنه أصبح طرف تعاقدى بالمفهوم الشكلى وليس طرفاً بالمفهوم الموضوعي، وهذا ما يميزه عن الوكيل فى الوكالة الظاهرة إذ لا تتصرف آثار التصرف الذى يبرمه فى ذمته وإنما لحساب الموكل مباشرة، كما أنه إذ بددها سئل عن جريمة تبديد طبقاً لأحكام المادة ٣٤١ عقوبات وإذا رفض تسليمها سئل عن جريمة خيانة الأمانة طبقاً لأحكام المادة ٣٣٦ عقوبات لأن يده عليها يد أمين وليست يد مالك.

كما أنه فى مجال الصورية بالتسخير يكون الغرض منها تغلب مستعير الاسم على مانع قانونى وأدبى يحول دون ظهوره بمظهر المتعاقد الحقيقى أمام القانون فى الفرض الأول أو أمام طائفة الأغيار عموماً فى الفرض الثانى، ولكن دائماً وأبداً فإنه لا يوجد اعتبار شخصى يحول دون تعاقده مع المتعاقد مع المعير لاسمه، سواء كان العقد اللذان يريدان إبرامه من العقود التى يكون للاعتبار الشخصى فيها أهمية كبيرة أم ليس لذلك[1]، ذلك أن الصورية بالتسخير تكون وليدة اتفاق وتدبير بين أطرافها الثلاثة معير الاسم ومستعيره والمتعاقد معه، فى حين أنه فى مجال الوكالة بالتسخير فكما قد يكون الغرض منها التغلب على مانع قانونى أو أدبى بين الموكل وطائفة الأغيار (مثل حالة المزايدة فى مزاد علنى)، إلا أنه فى

١) راجع فى ذلك: دكتور/ سمير إسماعيل - الرسالة السابقة صـ٦٨.

الغالب الأعم يكون هناك مانع أو اعتبار أدبي يحول دون اتمام التعاقد بين الموكل وبين المتعاقد مع الوكيل المسخر مباشرة أو من خلال فكرة الوكالة الظاهرة مثال ذلك: وجود خلافات عائلية أو شخصية بينهما أو ضعف المركز المالي للموكل، كما أن لوجود مثل هذا الاعتبار الشخصي لدى المتعاقد مع الوكيل المسخر أثرا قانونياً هاماً وذلك في ضوء ما قرره المشرع في المادة ١٠٦ مدني إذ ميز بين فرضين:

الأول: إذا كان يستوي لدى المتعاقد مع الوكيل المسخر التعاقد معه أو مع الأصيل، وعندئذ يكون الاعتبار الشخصي منتفياً، ويكون أثر ذلك انصراف آثار التصرف في ذمة الأصيل ويكون الوكيل أجنبياً عنه.

ثانياً: إذا كان المتعاقد مع الوكيل المسخر قد عول على صفة هذا الأخير المستفادة من التعبير عن الإرادة الصادر منه، والذي لم يتضمن بياناً بحقيقة صفته في التعاقد، وعندئذ يكون الاعتبار الشخصي موجوداً ويكون أثر ذلك انصراف آثار التصرف إلى ذمة الوكيل المسخر - بحسب الأصل - ويكون الموكل أجنبياً عنه، وعلى هذا فإن للاعتبار الشخصي في التعاقد دوراً هاماً في مجال الوكالة بالتسخير في حين أنه لا يكون مطروحاً للمناقشة بين أطراف الصورية بالتسخير.

كما يختلف معنى الغيرية في كل من الصورية بالتسخير والوكالة بالتسخير، فالغيرية تختلف باختلاف الوضع القانوني الذي تواجهه[1]، ففي الصورية عموماً فإن أساس تحديد من يعتبر من الغير يدور حول أن ضرورة استقرار المعاملات واعتبارات العدالة تستدعي حماية كل من عول على العقد الصوري واطمأن إليه معتقداً بحسن نية جديته، وهذا ينصرف بالضرورة إلى دائني المتعاقدين وخلفهم الخاص[2] على أن ينصرف لفظ المتعاقدين في مجال الصورية بالتسخير إلى أطرافها الثلاثة: معير الاسم ومستعيره والمتعاقد معهما، في حين أنه في مجال الوكالة بالتسخير فإن أساس تحديد من يعتبر من الغير يدور حول أن ضرورة

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني جـ٢ المجلد الثاني - الطبعة الثانية صـ١٤١٢.

٢) وإن كان هناك اتجاه آخر في الفقه يؤيد محكمة النقض حيث يرى أنه يقصد بالغير فضلاً عمن تقدم ذكرهما كل من لم يكن طرفاً في العقد أو خلفاً عاماً لأحد طرفيه متى كانت له مصلحة في الطعن بالصورية. راجع في ذلك: المستشار/ عز الدين الدناصوري والدكتور/ عبد الحميد الشواربي - الصورية في ضوء الفقه والقضاء - الطبعة الثالثة (سابق الإشارة إليه) صـ١٠٣، ١٠٤، ١١٠.

استقرار المعاملات واعتبارات العدالة تستدعى حماية من وجه إليه التعبير عن الإرادة الصادر من الوكيل المسخر والذى لم يتضمن وعن عمد منه بياناً لصفته الحقيقية فى التعاقد، وكونه لا يتعاقد لحساب نفسه وإنما لحساب شخص آخر معين وهو الموكل، الأمر الذى يدفع الذى وجه إليه هذا التعبير إلى الاعتقاد بحسن النية فى أن صاحب هذا التعبير إنما يتعاقد لحسابه الشخصى، كما أن لفظ الغير ينصرف بالتالى إلى دائنى الموجه إليه التعبير عن الإرادة الصادر من الوكيل المسخر وخلفه الخاص(١).

وتجدر الإشارة إلى أن اتفاق التسخير بين الموكل والوكيل المسخر كما قد يرد على عملية قانونية واحدة (بيع أو شراء)، فإنه قد يرد كذلك على القيام بأكثر من عملية قانونية مثل أن يسخر الموكل الوكيل لعمل عقد شركة بدون أن يبرز وكالته ولم يعلم بها المتعاقدون معه أى الشركاء، فهنا يكون هؤلاء الآخرون وغيرهم ممن يتعامل مع الوكيل المسخر باعتباره شريكاً يتعامل لحسابه الشخصى من طائفة الأغيار، وعلى هذا النحو فإنه فى حالة الصورية بالتسخير فإن المتعاقد مع معير الاسم لا يدخل ضمن طائفة الأغيار، فى حين أنه فى حالة الوكالة بالتسخير فإن المتعاقد مع الوكيل المسخر يدخل فى هذه الطائفة.

كما أنه يوجد تباين واختلاف بين الصورية بالتسخير والوكالة بالتسخير من ناحية العلم الحكمى بصفة الوكيل المسخر الحقيقية فى التعاقد وحسن النية، ففى مجال الصورية خول المشرع بموجب المادة ٢٤٤ مدنى للغير الحق فى أن يتمسك بأى من العقد الحقيقى أو العقد الصورى وفق ما تقتضيه مصلحته الشخصية، بشرط أن يتوافر لديه حسن النية وبالرغم من أن هذا الأخير يعد من الأمور النفسية للشخص لتعلقه بالقصد(٢)، مما يستتبع أن يقاس بمعيار شخصى وليس موضوعى، إلا أن الفقه والقضاء قد استقرا على قرينة موضوعية قاطعة لا تقبل إثبات العكس. مؤداها أن العلم الفعلى بالصورية هو دليل سوء النية(٣) على أن تكون العبرة فى

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢١٨.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ١٥٦.

٣) راجع فى ذلك: المستشار/ عز الدين الدناصورى والدكتور/ عبد الحميد الشواربى – المرجع السابق صـ١٠٦.

ذلك هي بوقت إبرام هذا الغير لتعاقده، وعلى هذا النحو فإن حسن النية في نطـاق الصورية بالتسخير يعني عدم علم الغير علماً فعلياً وقت تعامله بـصورية العقـد الظاهر بين معير الاسم والمتعاقد معه بل أنه اعتقد أنه عقد جدي واطمأن إليه وبنى عليه تعامله[١].

ولما كان مدلول العلم الحكمي بأمر من الأمور يعني الجهل في الحقيقة بهذا الأمر بالرغم من توافر الظروف والملابسات الموضوعية والتي من شأنها إذا مـا وضع فيها الرجل العادي أن يعلم بهذا الأمر، فإنه في محيط الـصورية لا يكـون هناك أي مجال للحديث عن مسألة العلم الحكمي بها[٢]. إذ أن مناط الأمر حـسن أو سوء نيه الغير والذي يستفاد من علمه الفعلي أو عدمه بالصورية وقت تعامله، بينما في مجال الوكالة بالتسخير فإن البحث لا يدور بتاتاً حول مدى توافر حسن النية أو عدم توافره لدى المتعاقد مع الوكيل المسخر، فمناط الاهتمام هو معرفة ما إذا كـان قد علم علماً فعلياً بحقيقة صفة الوكيل المسخر في التعاقد، وكان علمه هذا بمعـزل عن معطيات التعبير عن الإرادة الصادرة من هذا الوكيل، فكما تقدم فإننـا حكمـاً نكون بصدد وكالة ظاهرة تخضع للمادة ١٠٥ من القانون المدني، أما إذا أمكن نسبة العلم الحكمي بحقيقة صفة الوكيل المسخر – بمعنى تـوافر ظـروف وملابـسات موضوعية أحاطت بتكوين العقد تمكن الرجل العادي من العلم بحقيقة صفة الوكيـل المسخر وكونه لا يتعاقد لحسابه الشخصي وإنما لحساب شخص محدد غيره – إلى جانب المتعاقد معه، فإنه وفقاً لما تقضي به المادة ١٠٦ مـدني فـإن آثـار العقـد تنصرف في ذمة الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر والذي يكون أجنبيـاً عنـه، وعلى هذا النحو فإن آليات الصورية تستبعد أن يكون للعلم الحكمي بها مجال فيها، إذ يكون مناط الأمر هو حسن أو سوء نية الغير، بينما بصدد الوكالة بالتـسخير لا تثار مسألة حسن النية أو سوئها في حين يكون للعلم الحكمي بالوكالة بالتسخير من جانب المتعاقد مع الوكيل المسخر أثر هام.

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهوري – **الوسيط في شرح القـانون المـدني ج٢ المجلـد الثاني الطبعة الثانية صـ١٤٣٠.**

٢) راجع في ذلك: دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد – **المرجع السابق صـ١٥٦، ١٥٧.**

ومن ناحية حق الخيرة المقرر فى كل من الصورية بالتسخير والوكالة بالتسخير، فإن المشرع قد اعطى بموجب الفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ مدنى لدائنى المتعاقدين والخلف الخاص متى كانوا حسنى النية، الحق فى الخيرة بين التمسك بأى من العقدين الحقيقى أو الصورى وذلك وفق ما تقتضيه مصلحة كل منهم الشخصية، فإن احتمال تعارض مصالحهم يكون وارداً جداً فلو افترضنا أن العقد ما بين معير الاسم والمتعاقد معه هو عقد شراء مال معين - عقار مثلاً - فإن مصلحة دائنى معير الاسم تدفعهم إلى التمسك بالعقد الصورى بين معير الاسم والمتعاقد معه فى حين أن مصلحة دائنى مستعير الاسم تكون فى التمسك بالعقد الحقيقى بين مستعير الاسم والمتعاقد مع معير الاسم، فكل من الطائفتين سيسعى إلى ضم المال - العقار - لذمه مدينه الضمان العام لهم ولهذا فقد حل المشرع هذا التعارض، بتقديره فى الفقرة الثانية من المادة سالفة الذكر لأفضلية من يتمسك بالعقد الحقيقى وبناء على ذلك ففى المثال السابق يفضل دائنو معير الاسم على دائنى مستعير الاسم مراعاة لاستقرار المعاملات، وإن كان هذا يجافى احياناً اعتبارات العدالة. فى حين أنه فى حالة الوكالة بالتسخير فإن هناك أيضاً حق خيرة يكون مقرراً للمتعاقد مع الوكيل المسخر متى توافر فى هذا الأخير شرطان: الشرط الأول: إذا عول على صفة الوكيل المسخر المستخلصة من معطيات التعبير الصادرة منه، بحيث يكون قصد التعاقد مع شخص الوكيل بمعنى توافر الاعتبار الشخصى. الشرط الثانى: عدم إمكان نسبة العلم الحكمى بهذه الصفة إليه، ببذلة عناية الرجل المعتاد، فإذا ما توافرا هذان الشرطان كان للمتعاقد مع الوكيل المسخر الحق فى أن يختار بين أمور ثلاثة: أولها: أن يقبل نفاذ آثار التصرف فى ذمة الوكيل المسخر وفق ما تقضى به صراحة المادة ١٠٦ مدنى، ثانيها: أن يطلب إبطال العقد للغلط طبقاً للمادة ١٢٠ مدنى مع مطالبة الوكيل المسخر بالتعويض وفقاً للمادة ١٦٣ مدنى لعدم إعلانه صراحة أو ضمناً عن صفته الحقيقية فى التعاقد. ثالثها: أن يتنازل عن الاعتبار الشخصى الذى يحول أو كان يحول - دون قيام الرابطة العقدية المباشرة بينه وبين الأصيل وقد يتحقق ذلك إذا تحسن المركز المالى لهذا الأخير أو زالت الخلافات العائلية والموانع الأدبية التى كانت تحول دون تعاقدهما، وذلك وفق ما تقضى به

ضمناً المادة ١٠٦ مدنى[1]. كما تختلف الصورية بالتسخير أو الصورية من خلال استعارة الاسم عن الوكالة بالتسخير فى مدى لزوم تعاصر التصرفات، فمن المتفق عليه فقهاً[2] أنه يشترط لقيام الصورية وجود تعاصر زمنى بين التصرفين الظاهر الصورى والمستتر الحقيقى، إذا لما كانت الصورية تقتضى أن إرادة المتعاقدين لم تنصرف أبداً إلى إبرام الأول فى حين اتجهت جدياً نحو عقد الثانى، فإن لزوم ذلك بالضرورة تعاصر التصرفين وإن كان يكفى لتحقق هذه المعاصرة الذهنية، والتى لا يقدح فيها أو ينال منها تحرير الاتفاق المستتر فى وقت لاحق. فى حين أن آليات نظام التعاقد بطريق الوكالة بالتسخير تفترض بالضرورة أن يكون عقد الوكالة بالتسخير بين الموكل والمسخر سابقاً حتماً وبحكم اللزوم على تعاقد هذا الأخير والمتعاقد معه. وعلى هذا النحو فإنه فى حالة الصورية بالتسخير والصورية عموماً يعد التعاصر بين التصرفين الظاهر الصورى والمستتر الحقيقى مفترض ولازم وحتمى، فى حين أنه على العكس من ذلك فى مجال الوكالة بالتسخير، إذ أننا لا نكون بصدد تعاصر وإنما تعاقب، إذ يلزم أن يكون اتفاق التسخير سابقاً على التعاقد بين الوكيل المسخر والمتعاقد معه.

كما تختلف كل من الصورية بالتسخير والوكالة بالتسخير من حيث آثار كل منهما، لما كانت أحكام الصورية عموماً تقضى بأن العقد الحقيقى هو الذى يسرى فيما بين المتعاقدين والخلف العام، وذلك إعمالاً لنص المادة ٢٤٥ مدنى الذى يقضى صراحة بذلك، فإن ذلك يعنى أنه فى مجال الصورية بالتسخير فإن المستعير للاسم هو الذى تنصرف فى ذمته آثار التصرف دائناً أو مديناً وليس صاحب الاسم المستعار أو المسخر وذلك على اعتبار أن الأول هو المتعاقد الحقيقى فى حين أن الثانى هو مجرد متعاقد صورى، فلا يكون من حقه المطالبة بالحقوق الناشئة عن الرابطة العقدية، والذى اقتصر دوره فى هذه الرابطة على عمل مادى بحت هو التوقيع عليها باسمه كما لا يجوز أن توجه إليه المطالبة بالالتزامات الناشئة عنها،

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢٢٢.

٢) راجع فى ذلك: المستشار/ عز الدين الدناصورى والدكتور/ عبد الحميد الشواربى – المرجع السابق صـ١٧، ١٨، ١٩، دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢٤٨ وما بعدها.

فى حين أنه فى مجال الوكالة بالتسخير، فإن الآثار المترتبة على العلاقة التعاقدية التى يساهم الوكيل المسخر فى إبرامها لا تنصرف في ذمة الأخير ولكنها تنصرف في ذمة الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر، فيكون كل منهما هو الدائن والمدين للآخر بالحقوق والالتزامات الناشئة عن التعاقد وذلك وفقاً لما نص عليه المشرع صراحة فى المادة ١٠٦ من القانون المدنى، وتجدر الإشارة إلى أن الوكيل المسخر يلتزم بنقل آثار التعاقد الذى أبرمه مع الغير من حقوق والتزامات إلى ذمة الموكل، وذلك تنفيذاً لعقد الوكالة المبرم بينهما ولكن قبل ذلك تكون في يده على سبيل الأمانة، فإذا تصرف فيها بأى وجه من أوجه التصرفات طبقت عليه أحكام التصرف فى ملك الغير وإذا بددها سئل عن جريمة تبديد طبقاً للمادة ٣٤١ عقوبات وإذا رفض تسليمها فإن يسئل عن جريمة خيانة الأمانة طبقا لأحكام المادة ٣٣٦ من قانون العقوبات، طالما أنه قد تم الاعتراف للوكيل المسخر بأنه أصبح طرف تعاقدى بالمفهوم الشكلى وليس طرفاً بالمفهوم الموضوعي، وهذا ما يميز الوكيل المسخر عن الوكيل فى الوكالة المكشوفة، إذ لا تنصرف الآثار المترتبة على التصرف الذى يبرمه فى ذمته المالية وإنما لحساب الموكل مباشرة، وخلاصة ما تقدم أن للاختلاف بين نظامى الصورية بالتستر والوكالة بالتسخير وجوه ثلاثة: أولها من جهة المفهوم القانونى الخاص والمحدد لكل منهما، وثانيها من جهة الأحكام القانونية المنظمة لهما، وثالثها من جهة آثارهما.

ولا شك أن اللجوء إلى قواعد الصورية فى الوقوف على واقعة العلم الحكمى بصفة الوكيل المسخر الحقيقية فى التعاقد يتعارض مع صراحة نص المادة ١٠٦ من القانون المدنى[١]، لأن نص المادة ١٠٦ مدنى يتضمن فرضاً وحكماً حيث ذكر أنه إذا لم يعلن العاقد وقت إبرامه للعقد أنه يتعاقد بصفته نائباً عن الغير ثم جاء بالحكم اللازم لهذا الفرض وهو عدم انصراف آثار العقد فى ذمة الأصيل سواء الإيجابية منها أو السلبية، ويستفاد من هذا النص أن المشرع قد اعترف بعقد الوكالة بالتسخير وذلك بقوله «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً...» ذلك لأن الأصل أن النائب يعلن وقت إبرام العقد مع الأغيار عن صفته الحقيقية فى

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ١٥٥.

التعاقد وأنه يتعاقد بصفته نائباً عن شخص محدد، وذلك حتى يستطيع الغير ممارسة رخصة قبول أو رفض التعاقد على ضوء معطيات التعبير الصادرة منه ووفق ما تقتضيه مصلحته الشخصية، فقد لا يرغب فى التعاقد مع الأصيل فيما لو علم بأن المتعاقد معه يتعاقد بصفته نائباً. أما إذا لم يفصح النائب وقت إبرام العقد بأنه يتعاقد بصفته نائباً عن شخص محدد سواء كان الإفصاح صريحاً أو ضمنياً أو لم يكن الغير يعلم حقيقة أو حكماً بصفته الحقيقية فى التعاقد فإننا لا نكون بصدد نيابة ولكن وكالة بلا نيابة، ومن ثم لا تضاف آثار العقد إلى ذمة الأصيل بل إلى ذمة النائب باعتباره أصيلاً عن نفسه ومتعاقداً لحساب نفسه، ويسمى هذا التعاقد التعاقد باسم مستعار أو التعاقد بطريق التسخير[1].

وقد أورد المشرع استثناء من المبدأ المتقدم ذكره فى المادة ١٠٦ من القانون المدنى، بأن تضاف آثار العقد الذى يبرمه النائب مباشرة إلى ذمة الأصيل رغم أن النائب لم يعلن -صراحة أو ضمناً- وقت التعاقد أنه يتعاقد بصفته نائباً، ورغم أن المتعاقد معه لم يكن عالماً بصفته كنائب، وذلك فى حالتين نصت عليهما المادة ١٠٦ مدنى:

الأولى: إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة، وذلك على أساس أن جهل المتعاقد مع النائب بوجود النيابة فى هذه الحالة يكون جهلاً غير مغتفر، لأن الشخص المعتاد لو وجد فى مثل هذه الظروف التى تم فيها التعاقد لعلم بأن من يتعاقد معه لا يعمل لحساب نفسه، ولكن يعمل لحساب

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ أحمد حسن البرعى - نظرية الالتزام فى القانون المغربى - مصادر الالتزام - العقد - دار الثقافة الدار البيضاء - المغرب(*) صـ٥٨ وما بعدها، دكتور/ أحمد حشمت أبو ستيت - مصادر الالتزام ١٩٦٣ - دار الفكر العربى صـ١١٤ وما بعدها، دكتور/توفيق حسن فرج - النظرية العامة للالتزام - نظرية العقد ١٩٦٩ - المكتب المصرى الحديث صـ٨٤ وما بعدها، دكتور/ حمدى عبد الرحمن - مصادر الالتزام - العقد والإرادة المنفردة ١٩٩٩□ صـ١٦٩، ١٧٠، دكتور/سليمان مرقص - نظرية العقد ١٩٥٦- دار النشر للجامعات المصرية صـ١٦٣، ١٦٤، دكتور/ محمد لبيب شنب - دروس فى نظرية الالتزام - مصادر الالتزام ١٩٧٧ - دار النهضة العربية صـ٧٥.

شخص آخر، وعلى ذلك يتم معاملة المتعاقد مع النائب معاملة من يعلم بوجود النيابة الأمر الذي يؤدي إلى انصراف آثار العقد مباشرة إلى ذمة الأصيل.

الثانية: إذا كان يستوي لدى المتعاقد مع النائب أن يتعامل مع الأصيل أو النائب. ويتحقق هذا الفرض إذا قام النائب بشراء شئ من محل تجاري وقام بالوفاء بالثمن نقداً، وذلك لأن صاحب المحل التجاري لا يهمه شخص المشتري ما دام أوفى بالثمن فوراً وبالتالي يستوي لدية أن يكون من اشترى السلعة منه قد اشتراها لنفسه أو لحساب غيره باعتباره نائباً عن هذا الغير، وفي هذا الفرض تنصرف آثار العقد إلى ذمة الأصيل، ومن ثم إذا تبين أن بالمبيع عيب خفي كان للأصيل أن يرجع على البائع بضمان هذا العيب، ولم يكن للبائع أن يدفع هذا الرجوع بأنه لا يعرف الأصيل ولم يتعاقد معه.

وإذا كان النائب قد أبرم العقد باسم الأصيل أو كان قد أبرمه باسمه الشخصي ولكن المتعاقد معه كان يعلم بصفته كنائب أو كان من المفروض حتماً أن يعلم أنه يتعاقد بصفته كنائب أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب، فإن الأصيل هو الذي يعتبر طرفاً في العقد وبالتالي تضاف آثار هذا العقد إلى شخص الأصيل لا إلى شخص النائب، ويصبح الأصيل دائناً بالحقوق التي يولدها هذا الحق ومديناً بالالتزامات التي يرتبها هذا العقد، بحيث لا يجوز للمتعاقد مع النائب الرجوع على هذا الأخير بما افرزه العقد من آثار بل له الرجوع على الأصيل بهذه الآثار كما لا يكون للنائب أن يرجع على من تعاقد معه بأي أداء مما يوجبه العقد، إذ يصبح هذا الرجوع من حق الأصيل ولكن عدم انصراف آثار العقد إلى شخص الأصيل في حالة تعاقد النائب باسمه لا باسم الأصيل - وهو ما يسمى التعاقد بطريق التسخير - إنما يكون بالنسبة لمن تعاقد مع النائب، أما العلاقة بين الأصيل والنائب فيعتبر العقد قد تم لمصلحة الأصيل ولحسابه، وبالتالي فيكتسب الأصيل كل ما ينشأ عن العقد من حقوق ولا يكتسب النائب شيئاً من هذه الحقوق، ولا يكون له أن يتحايل بأية وسيلة للاستئثار بالصفقة دون الأصيل ومن ثم إذا كان العقد الذي أبرمه النائب باسمه هو شراء عقار فإن الملكية تكون للنائب فيما بينه وبين البائع وبالنسبة للغير عموماً، أما فيما بين النائب

والأصيل فالملكية تكون للأصيل لا للنائب بحيث لا يحتاج الأصيل للأحتجاج بملكيته على النائب إلى صدور تصرف جديد من النائب ينقل به الملكية إليه، إذ يعتبر الأصيل فى علاقته بالنائب هو المالك الحقيقى بغير حاجة إلى أى إجراء وإنما يلزم ذلك الإجراء لكى يحتج الأصيل بملكيته قبل الغير[1].

---

١) راجع فى ذلك: نقض مدنى - الطعن رقم ٦٤٨ لسنة ٤٩ق جلسة ٢٤/٤/١٩٨٠.

المبحث الثانى
طبيعة العلاقة بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر

عرض وتقسيم:

رأينا أن المادة ١٠٦ مدنى تنص بأنه إذا لم يعلن الوكيل وقت تعاقده مع أحد الأغيار أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا ينصرف إلى الأصيل دائناً أو مديناً.

ولما كان الوكيل المسخر يتعاقد مع الأغيار باسمه الشخصى لا باسم موكله فإن آثار العقد من الحقوق والالتزامات التى تنشأ من تعاقده مع الغير يتسلمها الوكيل المسخر إلى حين نقلها إلى ذمة الأصيل، ومن ثم لا يكون الوكيل المسخر دائناً أو مديناً للغير بل يكون أجنبياً عن آثار العقد الذى يبرمه مع الغير، ومن ثم لا يستفيد ولا يضار من آثار هذا العقد إعمالاً لمبدأ نسبية أثر العقد.

ولكن هل يتغير الحكم وتنصرف آثار العقد إلى الأصيل إذا كان المتعاقد مع الوكيل المسخر يعلم - حقيقة أو حكماً - بصفة هذا الأخير فى التعاقد وكونه يتعاقد باسمه الشخصى أو يتعاقد بصفته وكيلاً مسخراً؟.-

ولعل السبب وراء إثارة هذا السؤال هو ما تنص عليه المادة ١٠٦ مدنى من أنه «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب».

وإذا كان المتعاقد مع الوكيل المسخر يعلم - حقيقة أو حكماً - بصفة هذا الأخير فى التعاقد وكونه يتعاقد باسمه الشخصى أو يتعاقد نيابة عن شخص محدد، أو أن الوكيل المسخر قد أعلن صراحة أو ضمناً عن حقيقة صفته فى التعاقد فإن للمتعاقد مع الوكيل المسخر أن يقرر وفق ما تقتضيه مصلحته الشخصية التعاقد مع الأصيل أو مع الوكيل المسخر إذ إنه يتمتع بحق الخيرة فى التعاقد مع هذا أو ذاك، وذلك على ضوء ما تقتضيه مصلحته الشخصية فقد يرى أن مصلحته تقتضى التعاقد مع الأصيل أو مع الوكيل المسخر، وبالتالى فإن المشرع قد منحه رخصة يستعملها وفق مقتضيات مصلحته الشخصية أما إذا ما انتفت مصلحته فى تحديد

الشخص الذى سوف تتأثر ذمته المالية بآثار العقد فإن الفقه والقضاء[1] قد استقر على أنه متى انتفت مصلحة الغير فى تحديد الشخص الذى تتأثر ذمته المالية بآثار العقد فإن الرابطة العقدية تنشأ وبقوة القانون بينه وبين الأصيل مباشرة بغض النظر عن نوع النيابة قانونية كانت أم قضائية أم اتفاقية، وبغض النظر عما إذا كان عدم إفصاح النائب عن صفته فى التعاقد يرجع إلى تقصيره أو إهماله أو تعمده ويكون كل منهما الدائن والمدين فى مواجهة الآخر ويختفى النائب من مسرح التعاقد.

ويكون كل من الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر الدائن والمدين فى مواجهة الآخر، وبالتالى يمكن لأحدهما الرجوع على الآخر لمطالبته بتنفيذ الالتزامات التى تثقل كاهله، ومن ثم يصبح النائب كما سبق القول أجنبياً عن ثمار العقد حتى ولو كانت نيابته شاملة لمرحلة التنفيذ حيث يصبح فى هذه الحالة مجرد أمين على حقوق الأصيل، وبالتالى فالمطالبة توجه باسم هذا الأخير فضلاً عن أنه لا يمكنه التصرف فى هذه الحقوق بأى وجه من أوجه التصرف إلا إذا كان سند النيابة يخول له ذلك كما لا يجوز لدائنيه الحجز عليها فضلاً عن أنه لا يكون ملتزماً بسداد الديون الناشئة عن العقد من ذمته المالية.

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ برهام محمد عطا الله - أساسيات نظرية الالتزام فى القانونين المصرى واللبنانى ١٩٩٢ - المكتبة القانونية - الدار الجامعية صـ٧٣، دكتور/ جلال على العدوى - المرجع السابق صـ٢٢٣، دكتور/ جمال مرسى بدر - الرسالة السابقة صـ١٥٥، ١٥٦، دكتور/ حسام الدين الأهوانى - المرجع السابق صـ٣٣٥، دكتور/ سمير عبد السيد تناغو ودكتور/ نبيل إبراهيم سعد - المرجع السابق صـ١١٩، دكتور/ عبد الحى حجازى - المرجع السابق صـ٧٦٣، دكتور/ عبد المنعم البدراوى - المرجع السابق- صـ١٠٥، المستشار/ محمد صالح - المرجع السابق صـ٥٠، دكتور/ محمد صبرى السعدى - المرجع السابق صـ١٥٣، ١٥٤، دكتور/ محمد على البدوى - المرجع السابق صـ٨٠، دكتور/ مصطفى الزرقا - المرجع السابق صـ٧٠، دكتور/ منذر الفضل -النظرية العامة للالتزامات - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقوانين المدنية الوضعية جـ١ مصادر الالتزام الطبعة الثالثة ١٩٩٥ - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان - الأردن صـ١٤٤، ١٤٥، وفى القضاء المصرى: نقض مدنى ١٩٤٣/٤/١٥ مشار إليه سابقاً، ١٩٦٣/٤/٢٥، مشار إليه سابقاً، طنطا الكلية ١٩٣٣/٢/٢ المحاماة السنة ١٤ العدد٢ القسم ٢ صـ١٠٣ رقم ٥٤ وقارن نقض مدنى ١٩٨٩/٣/٥ مجموعة النقض المدنى السنة ٤٠ جـ١، الطعن رقم ١ لسنة ٥٨ق رقم ١٢٥ صـ٧٢٤ استئناف مختلط ١٩٣٧/٤/٢٢ م٤٩ صـ٢٠١.

وطالما قامت العلاقة أو الرابطة القانونية بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر على النحو السابق بيانه فما هى إذاً طبيعة هذه العلاقة؟.

لقد احتدم الخلاف فى الفقه والقضاء حول طبيعة العلاقة بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر خاصة إذا كانت العلاقة التعاقدية قد تم تشييدها من خلال فكرة الوكالة بالتسخير، فذهب جانب منهم إلى أنها تعد علاقة أغيار وبصورة مطلقة، وبالتالى لا يمكن لأحدهما الرجوع على الأخر مباشرة لانتفاء السند القانونى، وذهب جانب آخر إلى خضوعها لأحكام الصورية النسبية التى ترد على الاسم، وبالتالى فإن هذه العلاقة وإن كانت تدخل - من حيث المبدأ - فى منطقة الأغيار إلا أنه ليس هناك ما يحول دون تحولها إلى علاقة تعاقدية مباشرة متى رغب الغير فى ذلك من خلال تمسكه بأحكام الصورية ولتوضيح ذلك نقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب:

المطلب الأول: الاتجاه القائل بأنها علاقة أغيار.

المطلب الثانى: الاتجاه القائل بأنها علاقة تعاقدية.

المطلب الثالث: وسائل نقل الحقوق والالتزامات إلى الأصيل.

المطلب الأول

الاتجاه القائل بأنها علاقة أغيار

عرض وتقسيم:

ذهب جانب من الفقه والقضاء إلى أن العلاقة بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر تعتبر علاقة أغيار وبصورة مطلقة، لأن الوكيل المسخر يصبح طرفاً بالمفهوم المادى أو الموضوعى فى التعاقد الذى يبرمه باسمه الشخصى مع الأغيار، وبالتالى تنصرف فى ذمته الإيجابية منها أو السلبية الآثار المترتبة على هذا التعاقد ويصبح هو الدائن والمدين فى مواجهة الغير المتعاقد معه، ويكون لكل منهما الرجوع على الآخر بالحقوق والالتزامات الناشئة عن الرابطة العقدية، وبناء عليه لا يجوز لكل من الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر الرجوع على الآخر بالحقوق والالتزامات المتولدة عن العلاقة التعاقدية إلا من خلال الدعوى غير المباشرة، طالما أن الآثار المترتبة على العلاقة العقدية مازالت فى ذمة الوكيل، وقد استند أنصار هذا الاتجاه إلى نص المادة ١٧٠٥/٢ من التقنين المدنى الإيطالى والذى اعتبر كل من الموكل والغير المتعاقد مع الوكيل المسخر من الأغيار بالنسبة للرابطة العقدية القائمة بين الوكيل المسخر والغير المتعاقد معه.

وبعد استعراض هذا الاتجاه فإنه يتعين أن نوضح الحجج التى استند إليها أنصار هذا الاتجاه، والنتائج السلبية المترتبة على هذه العلاقة والرأى الخاص بى حول هذه المسألة.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع:

الفرع الأول: حجج الاتجاه القائل بأنها علاقة أغيار.

الفرع الثانى: النتائج السلبية المترتبة على هذه العلاقة.

الفرع الثالث: رأى الباحث فى هذه المسألة.

الفرع الأول
حجج الاتجاه القائل بأنها علاقة أغيار

من الشراح[١] من تصور أن الغيرية في مجال الأثر الملزم تفترض مقدماً أن شخصاً ما هو من الغير يكون أجنبياً تماماً عن عمل قانوني معين ثم يقدم هذا الغير على عمل قانوني آخر مع أحد طرفي العمل الأول، فيثور لهذا السبب التساؤل حول مدى إمكان ارتباط الغير بالطرف الآخر في العمل الأول، وعلى هذا الأساس قيل بأن مسألة الغيرية لا تثور إلا بمناسبة عقدين يبرم أحدهما عقب الآخر مع وجود طرف مشترك في كليهما وهو ما يسمى بعقد التسخير، إذ بينما نتساءل عما إذا كان في قدرة أحد العقدين تخويل المتعاقد مع الطرف المشترك حقاً قبل المتعاقد الآخر في العقد الثاني، مع ذات الطرف المشترك فإننا نتساءل أيضاً بالنسبة لهذا العقد الثاني عما إذا كان في قدرته جعل المتعاقد مع الطرف المشترك مديناً قبل المتعاقد الآخر في العقد الأول مع ذات الطرف[٢].

ومن الشراح من يتجه اتجاهاً عكسياً تماماً، وعند هذا الاتجاه أن الأغيار الحقيقيين هم الأجانب أو هؤلاء الذين لا تربطهم ولن تربطهم بالمتعاقدين رابطة التزام[٣].

ووجه الاختلاف بين هذا الاتجاه وسابقه أنه بينما يقف الاتجاه الأول عند الصلة التي يتعين أن توجد بين الغير وبين أحد الأطراف في عمل قانوني معين فإن الاتجاه الثاني يهدر هذه الصلة تماماً ولا يقيم لها أي اعتبار.

ولكن الرأي عندي أن قدر الصحة في الاتجاهين أن الغير عندهما هو كل من ليس طرفاً في التصرف القانوني الذي تثور الغيرية بالنسبة إليه، وفيما عدا ذلك فإن كلاً من الاتجاهين قد انطوى على قدر من الصحة أهدره القدر الآخر.

---

1) **Torein: 1917, No, 10. p.20.**
2) ***Saveni: la revue Faslia 1934,*** **No, 20. P. 537.**
3) **Jousran: 2-1930, No: 259, P. 125 et 126.**

فالبنسبة للاتجاه الأول إذا كان صحيحاً حقًا أن فكرة الغير لا تجد أهميتها العملية إلا حين يرتبط الغير بأحد الأطراف بصلة ما حيث يبرز من خلال هذه الصلة التعارض بين مصالح الغير وبين مصالح الأطراف إلا أنه من المتعذر من الناحية الفنية أن نقصر تعريفنا للغير على هذه الطائفة وحدها، فالغير هو من عدا أطراف التصرف سواء وجدت هذه الصلة أم لم توجد.

أما الوقوف بالتعريف عند الأجنبى الذى تربطه بأحد الأطراف هذه الصلة فهو أمر قد يستقيم أيضاً من الناحية الفنية فيما لو كنا بصدد تعريف الغير فى مجال السريان، فالمشرع قد راعى فعلاً بالنسبة لهذا المجال تقييد السريان بقيود معينة قبل أشخاص معينين هم الذين يعنيهم إصطلاح الغير فى هذا المجال، ولم تتقرر هذه القيود أصلاً إلا باعتبار هذه الصلة التى تربط هؤلاء بأحد الأطراف، فمن خلال هذه الصلة يبرز التعارض بين المصالح، ويقوم بالتالى مبرر الحماية الذى هو مناط الغيرية فى مجال السريان، ولا شك أن من أغيار الأثر الملزم من تتوافر فى شأنه هذه الصلة لكن ثمة فارقاً واضحاً بين القول بأن هذه الصلة هى التى تبرز الفكرة فى جانبها العملى وبين القول بأن هذه الصلة هى الاعتبار الذى يفرض واجب الحماية وعلى ذلك فالقول الأول صحيح وهذا هو قدر الصحة فى الاتجاه محل النقد والقول الثانى خاطئ وهذا هو وجه العيب فى هذا الاتجاه، ذلك أن الاعتبار الذى يفرض الحماية فى مجال الأثر الملزم هو مبدأ حرية التعاقد المنبثق من مبدأ سلطان الإرادة واستقلال الذمم المالية للأفراد، وهذا الاعتبار قائم فعلاً بالنسبة لمن عدا الأطراف فى التصرف، وذلك بصرف النظر عن وجود الصلة التى توقف عندها الاتجاه محل النقد، لكن هذا الاتجاه قد تأثر وهو بصدد تعريف الفكرة فى جانبها الفنى بوضع الفكرة فى جانبها العملى فجاء تعريفه للغير قاصراً من الناحية الفنية.

وإذا كان الاتجاه الثانى قد تدارك وجه القصور فى الاتجاه الأول بأن سحب وصف الغير من الناحية الفنية على الأجنبى البعيد الذى لا تربطه صلة بأحد الأطراف، إلا أنه لم يكن هو الآخر صائباً فهو يقصر التعريف على الأجنبى وحده بينما يقتضى اعتبار الحماية القانونية الذى فرض الغيرية فى مجال الأثر الملزم للعقد وجوب سحب وصف الغير على كل من عدا الأطراف.

ولا نستطيع أن ننكر - رغم القصور الذى اعترى الاتجـاهين المتقـدمين معاً- أن الاتجاه الأول هو الأفضل فالاتجاه الثانى يقف عند طائفة من الغير لا تعنى الفكرة شيئاً من الناحية العملية نظراً لعدم وجود مصلحة عامة أو خاصـة تقتـضى صرف آثار التصرف إلى الأجنبى البعيد بينما يقف الاتجاه الأول عند الطائفة التى تعنى الفكرة فى جانبها العملى إذ بسبب الرابطة التى تربط الأجنبى بأحد الأطراف ظهر التعارض فى المصالح وبسبب هذا التعارض درج المشرع أحيانـاً والقـضاء أحياناً أخرى على إغراق مبدأ نسبية أثر العقود بالعديد من الاستثناءات ولقد كانـت هذه الاستثناءات ولا تزال سبباً فى حملات هجوم عنيفة ضد مبدأ نسبية العقـود[1]، وإذ توقف الاتجاه الأول عند الأغيار الذين يعنيهم فإنه بذلك يكون قد توقـف عنـد الجانب الحى من الفكرة لكن هذا لا يمكن أن يشفع لما اعترى هـذا الاتجـاه مـن قصور من الناحية الفنية، ذلك أن ثمة فارقاً بين أن يعـرف الغيـر الـذى يعنيـه الاستثناء وهذا هو ما فضلنا الاتجاه الأول من أجلة، وبين أن يعرف الغيـر الـذى يعنيه المبدأ ذاته فالأخير أعم وأشمل من الأول وهو الـذى يجـب أن يتجـه إليـه التعريف من الناحية الفنية.

والأصل العام فى التعاقد أن كل من يشارك بإرادته فى إبـرام العقـد يعـد طرفاً بالمعنى المادى أو الموضوعى وعلى ذلك فإن التعاقد فى ظل نظام الوكالـة بالتسخير حيث يتعاقد الوكيل المسخر باسمه الشخصى بحيث يبدو أمام الناس علـى أنه الطرف الحقيقى فى العقد وأن ذمته المالية تتأثر بآثاره سواء أعلن عن صـفته الحقيقية فى التعاقد صراحة أو ضمناً - أو أن المتعاقد معه قـد علـم- حقيقـة أو حكماً- بصفته الحقيقية فى التعامل، وبالتالى فإنه وفقاً لهذا النظـام فـإن أطـراف العلاقة العقدية هما الوكيل المسخر والمتعاقد معه وأن من عداهما من الأغيار ومن ثم فإن الأصيل لا يعد طرفاً فى العلاقة التعاقدية المبرمة بين الوكيل المسخر وأحـد الأغيار وبالتالى فإنه يعتبر من الغير بالنسبة للرابطة العقدية التـى تمـت، بغـض النظر عما إذا كانت ثمار هذه العلاقة سوف تستقر فى ذمته بعد ذلك.

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ عاطف محمد كامل فخرى - الغير فى القانون المدنى المـصرى - رسـالة دكتوراه جامعة الإسكندرية ١٩٧٦ صـ٢٧٩.

وقد نصت المادة ١٤٥ مدنى على أنه «ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث...».

وبذلك يتضح من نص المادة السابق ذكره أن آثار العقد تنصرف إلى طرفيه وخلفهما العام وبالتالى فإن أطراف العلاقة التعاقدية تقتصر على كل من ساهم بإرادته فى إبرام العقد وأن من عداهم يعتبر من الأغيار حيث إنه لم يشارك فى تشييد الرابطة العقدية ومن ثم فإنه لا يكتسب صفة الطرف بالمفهوم المادى أو الموضوعى والشكلى أيضاً.

وعلى ذلك فإنه طبقاً لمبدأ نسبية أثر العقد وطبقاً لفكرة الطرف بالمفهوم المادى أو الموضوعى فإن الأصيل يعد من الأغيار، وبالتالى فإن طبيعة العلاقة بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر تدخل فى منطقة الأغيار حسبما ذهب إلى ذلك جانب من الفقه[1] وأن الوكيل المسخر يصبح طرفاً فى الرابطة العقدية بالمفهوم المادى أو الموضوعى.

وثمة رأى فى الفقه الحديث لا يزال مبقياً على النظرة القديمة إلى الوكالة النيابية وعند هذا الرأى أن الطرف لابد وأن يكون عاقداً، فآثار العقد يجب أن تقتصر على العاقدين دون سواهم، أما انصرافها إلى الغير حتى ولو كان هذا الغير أصيلاً أجرى العقد باسمه ولحسابه، فأمر يجرى فى مجال الاستثناء، ولعل من أبرز أنصار هذا الرأى الفقيه Madrie فى رسالته الشهيرة عن «النيابة فى القانون الخاص»[2]، فهو لم يبصر فى هذه الرسالة بالاختلاف الجوهرى بين النيابة الإرادية وهى وضع ينتمى إلى إرادة الأطراف وبين النيابة القانونية وهو وضع ينتمى إلى إرادة المشرع، ولعل السبب الرئيسى الذى دفع أنصار هذا الرأى إلى عدم الإنتباه

---

١) راجع فى ذلك وعلى سبيل المثال: Com,26,4,1982, prec, (G) Marty et (P) RAYNAUD, OP, cit, No. 273; PLANIOL et Ripert, op, cit, p. 428, No 333; Rige, th prec, No; BERDIN, op, cit, p, 268, No 13 et 14.
دكتور/ سليمان مرقص - المرجع السابق صـ٢٣٦، ٢٣٧، دكتور/ عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق صـ٢٣٨، دكتور/ محمد زكى عبد المتعال - البحث السابق صـ٧.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ عاطف محمد كامل فخرى - الرسالة السابقة صـ٢٣٩.

إلى هذا الاختلاف أنه قد التزم النظرة الموضوعية بأن الإرادة هي مصدر القوة الملزمة للتصرف القانوني.

وطبقاً لأنصار هذا الرأي فإن العلاقة بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر تدخل في منطقة الأغيار وبصورة مطلقة، لأن الوكيل المسخر يصبح طرفاً بالمفهوم المادي أو الموضوعي كما سبق القول، وتنصرف في ذمته ثمار العقد الذي ساهم بإرادته في تشييده مع الغير.

وفي ذلك ذكر الفقيه Dymolomp عندما تساءل عما إذا كان اتفاق التسخير يعتبر خروجاً على المبدأ الذي قررته المادة ١١١٩ مدني فرنسي وهي المقابلة للمادتين ١٥٢، ١٥٤ مدني مصري بشأن الاشتراط لمصلحة الغير وعدم ترتيب العقد التزاماً في ذمة الغير فأجاب قائلاً «إن عقد التسخير لم يكن فيه خروج على المبدأ المقرر في المادة ١١١٩ مدني فرنسي - المقابلة للمادتين ١٥٢، ١٥٤، من القانون المدني الجديد - ذلك لأن المسخر إذا كان يشترط أو يلتزم فإنه لا يشترط لمصلحة الغير أو يلزم الغير بل إنه يشترط لمصلحة نفسه ويلتزم هو شخصياً، ذلك لأنه إذا ما تعاقد مع الغير باسمه هو انصرف إليه أثر العقد دائناً أو مديناً إذ إنه بالنسبة للغير يعتبر المسخر صاحب الحق فهو وحدة الدائن وهو وحده المدين، وما دعا المشرع إلى تحريم الالتزام عن الغير أو الاشتراط لمصلحة الغير إلا عدم وجود جزاء ممكن إذ أنه لا يوجد في حالة الالتزام عن الغير مدين، كما أنه لا يوجد في حالة الاشتراط لمصلحة الغير دائن ولكن الأمر ليس كذلك في حالة ما إذا تعاقد الاسم المستعار مع الغير فإنه يصبح دائناً أو مديناً وللغير دعوى مباشرة ضد الاسم المستعار يستطيع أن يرغمه على تنفيذ التزاماته أيضاً ومن ثم فإن سبب التحريم في حالة التعهد بالتزام الغير أو الاشتراط لمصلحة الغير غير متوافر في حالة الاسم المستعار، ومن ثم وجب أن لا يمتد حكم التحريم إلى الاسم المستعار»[1].

والوكيل المسخر بالنسبة للغير يعتبر صاحب الحق ورب العمل دائناً أو مديناً وأن للغير ضده دعوى مباشرة كما أن للوكيل المسخر ضد الغير دعوى مباشرة أيضاً، أما الموكل فليس بينه وبين الغير أي دعوى مباشرة كما أنه ليس

1) Dymolomp: T, 14, Pa, 287.

للأصيل أى دعوى مباشرة ضد الغير إذ إن الأخير يعتبر أجنبى عن العقد الذى أبرمه الوكيل المسخر مع أحد الأغيار وهو ما استقر عليه الفقه والقضاء الفرنسى[١] أيضاً، ونص عليه كل من القانونين المدنى الإيطالى والأسبانى صراحة، إذ نصت المادة ١٧٤٤ من القانون المدنى الإيطالى على أنه «إذا كان الوكيل يعمل باسمه فليس للموكل دعوى ضد هؤلاء الذين يتعامل معهم الوكيل كما أنه ليس لهؤلاء الآخرين دعوى ضد الموكل» ونصت المادة ١٧١٧ من القانون المدنى الأسبانى على أنه «إذا عمل الوكيل باسمه فليس للموكل دعوى ضد الأشخاص الذين يتعاقد معهم الوكيل، كما أنه ليس لهؤلاء الأشخاص دعوى ضد الموكل»[٢].

وبناء على ذلك يرى أنصار هذا الرأى أن طبيعة العلاقة بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر تعد علاقة أغيار وليست علاقة تعاقدية وأنها تدخل فى منطقة الأغيار وبصورة مطلقة، وأنه لا يمكن لأحدهما الرجوع على الآخر مباشرة لانتفاء السند القانونى لذلك كما لا يجوز للأصيل أن يطالب الغير بالحقوق الناجمة عن العقد، وبالتالى لا يجوز للغير أن يطالب الأصيل بتنفيذ الالتزامات التى تولدت عن العقد، أو سداد الديون أو الالتزامات الناشئة عن العقد فى ذمته المالية كما لا يجوز لدائنى الأصيل التنفيذ على حقوقه الناشئة عن العقد إلا إذا انتقلت إليه من الوكيل المسخر وإن كان يجوز ذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة ويذهب جانب من الفقة والقضاء[٣] إلى القول بأن إضفاء صفة الطرف بالمفهوم المادى أو

---

1) Aubry et rau: Ed4 T, 4 pa, 425 p, 52 et Nota 213 Diraton T, 18 No, 202 et Guward No, 19 et 304-Heik T,12 pa, 92 et loran T, 18 No, 62 et 76 Cass, Francaise 6/7/1842 seeri 1842, 5-1-8.3.

٢) مشار إلى هاتين المادتين فى نظرية الصورية فى التشريع المصرى صـ٢٢٨ – دكتور/ أحمد مرزوق.

٣) راجع فى ذلك: دكتور/ ثروت بدوى – المرجع السابق صـ١٤٦، دكتور/ حمدى عبد الرحمن – المرجع السابق صـ١٧٠، ١٧١، دكتور/ سليمان مرقص – المرجع السابق صـ٢٣٦، دكتور/ عبد الحميد محمود البعلى – المرجع السابق صـ٢٠٤، دكتور/ عبد الرزاق السنهورى – الوسيط فى شرح القانون المدنى جـ٧ مشار إليه سابقاً صـ٨١٠ ومابعدها بند ٣١١، ٣١٢، ٣١٣، دكتور/ عبد المنعم فرج الصدة – المرجع السابق صـ٣٣٧، ٣٣٨، ٣٣٩، دكتور/ عبد الناصر توفيق العطار – مصادر الالتزام صـ٥٣، ٥٤، دكتور/ عبد الهادى العطافى – المرجع السابق صـ١٧٩، دكتور/ محمد زكى عبد المتعال – البحث السابق صـ٧، دكتور/ محمد حمدى مكى –=

الموضوعى على الوكيل فى علاقته مع من ساهم معه فى تكوين العقد يقتصر على حالة ما إذا كان قد تعامل باسمه الشخصى وكان اسماً مسخراً ولم يبرز وكالته ولم يعلم بها من شارك معه فى تشييد العقد، وفيما عدا ذلك لا يكون العقد قائماً لا بين النائب والمتعاقد معه ولا بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر.

ومعنى ذلك أن إضفاء صفة الطرف بالمعنى المادى أو الموضوعى على شخص النائب لا يكون بصفة مطلقة بل ترد على ذلك قيود معينة، فمن ناحية يجب أن يكون مصدر النيابة عقد الوكالة وبالتالى إذا كان مصدرها نص القانون أو حكم القضاء فالعقد لا ينشأ لا بين النائب والمتعاقد معه ولا بين هذا الأخير والأصيل لعدم وجود تطابق بين القصدين. ومن ناحية ثانية أن يكون الوكيل قد تعامل فى الظاهر باسمه الشخصى ولم يكن المتعاقد معه يعلم -حقيقة أو حكماً- بصفته الحقيقية فى التعاقد. وأخيراً أن يكون الوكيل قد تعامل بطريق التسخير وبالتالى إذا كان الوكيل قد أهمل أو قَصَّرَ فى الإعلان عن صفته الحقيقية فى التعاقد فلا تنشأ الرابطة العقدية على النحو المتقدم ذكره.

فإذا توافرت هذه الضوابط فإن الوكيل يكتسب صفة الطرف بالمفهوم المادى، ومن ثم فإن آثار العقد تنصرف فى ذمته مباشرة ويصبح هو الدائن والمدين فى مواجهة المتعاقد معه، ويكون لكل منهما حق الرجوع على الآخر لمطالبته بتنفيذ الالتزامات التى تثقل كاهله والناتجة عن هذه الرابطة على الرغم من أن قصده لم ينصرف إلى ذلك منذ البداية.

وليس بشرط لقيام الرابطة العقدية موافقة الوكيل أو المتعاقد معه أو الموكل لأنها تنشأ وبقوة القانون متى توافرت الضوابط السابق الإشارة إليها، ومن ثم فإن إبداء الرغبة فى التعاقد من جانب أى منهم يكون مجرداً من الأثر القانونى(١).

=الرسالة السابقة صـ١٩٣ ومابعدها، دكتور/ محمد على البدوى - المرجع السابق صـ٨٠، دكتور/ محمد لبيب شنب - المرجع السابق صـ٧٥، دكتور/ نبيل إبراهيم سعد - النظرية العامة للالتزام جـ١ - مصادر الالتزام - العقد - دار المعرفة الجامعية ١٩٩٢ صـ١١٩ ومن أحكام النقض: نقض مدنى ١٩٨٠/٣/٥ الطعن رقم ١٢٧١ لسنة ٤٨ق، ١٩٩٧/١١/١ - طعن رقم ٥٥٦٧ لسنة ٥٦ق.

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل زكى عبد الواحد - المرجع السابق صـ١٩٥.

ويذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن إضفاء صفة الطرف بالمفهوم المادى أو الموضوعى على الوكيل المسخر فى علاقته بالغير الذى ساهم معه فى إبرام العقد يقتصر على حالة ما إذا كان قد تعامل باسمه الشخصى وكان أسماً مسخراً ولم يبرز وكالته ولم يعلم بها من شارك معه فى تشييد العقد، وأنه فيما عدا ذلك لا يكون العقد قائماً سواء بين الوكيل والمتعاقد معه أو بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر.

وفى ذلك يقول الأستاذ الدكتور/ ثروت حبيب[1] «... إذا تعاقد مثلاً وكيل باسمه الخاص ولم يعلن للمتعاقد الآخر عن وكالته فإننا لن نكون أمام تعاقد بطريق النيابة بل يكون طرفا العقد هنا هما هذا الوكيل والمتعاقد الآخر، وتنصرف آثار التعاقد إليهما وحدهما... وهذا ما يطلق عليه اسم الشخص المسخر أو الاسم المستعار....» ويقول الأستاذ الدكتور/ محمد لبيب شنب فى هذا الصدد أيضاً[2] «.... إذا لم يصرح النائب عند التعاقد بأنه يبرم العقد لحساب غيره ولم يكن من تعاقد معه عالماً بصفته كنائب فإننا لا نكون بصدد نيابة ولا تضاف آثار العقد إلى شخص الأصيل بل إلى شخص النائب باعتباره أصيلاً أى متعاقداً لحساب نفسه ويسمى هذا التعاقد التعاقد باسم مستعار أو مسخر...».

ولقد استقر الفقه والقضاء[3] كما سبق القول على أنه متى انتفت مصلحة الغير فى تحديد الشخص الذى تتأثر ذمته المالية بآثار العقد فإن الرابطة العقدية تنشأ

---

١) راجع فى ذلك: المرجع السابق - صـ١٤٦.

٢) راجع فى ذلك: المرجع السابق - صـ٧٥.

٣) راجع فى ذلك: دكتور/ برهام محمد عطا الله - المرجع السابق صـ٢٧٣، دكتور/ جلال على العدوى - المرجع السابق صـ٢٢٣، دكتور/ جمال مرسى بدر - الرسالة السابقة صـ١٥٥، ١٥٦، دكتور/ حسام الدين الأهوانى - المرجع السابق صـ٣٣٥، دكتور/ سمير عبد السيد تناغو ودكتور/ نبيل إبراهيم سعد - المرجع السابق- صـ١١٩، دكتور/ عبد الحى حجازى - المرجع السابق صـ٧٦٣، دكتور/ عبد المنعم البدراوى - المرجع السابق صـ١٠٥، المستشار محمد صالح- المرجع السابق صـ٥٠، دكتور/ محمد صبرى السعدى - المرجع السابق صـ١٥٣، ١٥٤، دكتور/ محمد على البدوى - المرجع السابق صـ٨٠، دكتور/ مصطفى الزرقا - المرجع السابق صـ٧٠، دكتور/ منذر الفضل - المرجع السابق صـ١٤٤، ١٤٥ وفى القضاء المصرى: نقض مدنى ١٩٤٣/٤/١٥ مشار إليه سابقاً، ١٩٦٣/٤/٢٥ مشار إليه سابقاً، طنطا الكلية ١٩٣٣/٢/٢ - المحاماة السنة ١٤ العدد ٢ القسم ٢ صـ١٠٣ رقم ٥٤ وقارن نقض مدنى=

وبقوة القانون بينة وبين الأصيل مباشرة بغض النظر عن نوع النيابة قانونية كانت أم قضائية أم اتفاقية، وبغض النظر عما إذا كان عدم إفصاح النائب عن صفته في التعاقد يرجع إلى تقصير أو إهمال أو تعمد، ويكون كل منهما الدائن والمدين في مواجهة الآخر ويختفي النائب تماماً من مسرح التعاقد.

ويكون كل من الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر الدائن والمدين في مواجهة الآخر، وبالتالى يمكن لأحدهما الرجوع على الآخر لمطالبته بتنفيذ الالتزامات التى تثقل كاهلة ومن ثم يصبح النائب كما سبق الإشارة أجنبيًا عن آثار العقد حتى ولو كانت نيابته شاملة لمرحلة التنفيذ حيث يصبح فى هذه الحالة مجرد أمين على حقوق الأصيل، وبالتالى فالمطالبة توجه باسم هذا الأخير فضلاً عن أنه لا يمكنه التصرف فى هذه الحقوق بأى وجه من أوجه التصرف إلا إذا كان سند النيابة يخوله ذلك كما لا يجوز لدائنيه الحجز عليها فضلاً عن أنه لا يكون ملتزماً بسداد الديون الناشئة عن العقد من ذمته المالية.

وتتكون العلاقة التعاقدية من خلال التعبيرات المتطابقة والتى يفترض بالضرورة تواؤم كل منها مع محتوى قصد صاحبها، وعلى ذلك فإن طرفى العقد من ناحية التكوين هما النائب والمتعاقد معه، وفيما عدا ذلك من الأشخاص يدخل فى منطقة الأغيار وبناء على ذلك فالأصيل وخلفه العام والخاص وكذا الخلف العام والخاص للوكيل والمتعاقد معه يعتبرون من الغير بالنسبة لتكوين العقد، وبالتالى لا تنصرف إليهم ثمار العقد الذى يبرمه الوكيل مع المتعاقد معه.

ويهيمن على القوة الملزمة للعقد بالنسبة للأشخاص مبدأ هام يسمى مبدأ نسبية اثر العقد يقضى بأن أثر العقد يقتصر على طرفية بمعنى أن الالتزامات الناشئة عنه لا تنصرف إلا إلى العاقدين، وأن الحقوق المتولدة عنه لا تنصرف كذلك إلا إلى العاقدين على أن المبدأ إذا كان مطلقاً فى شقة

=١٩٨٩/٣/٥ مجموعة النقض المدنى السنة ٤٠ جـ١، الطعن رقم ١ لسنة ٥٨ق رقم ١٢٥ صـ٧٢٤ استئناف مختلط ١٩٣٧/٤/٢٢ م ٤٩ صـ٢٠١.

الأول فإنه يحتمل استثناء فى شقة الثانى[1]. وهذا المبدأ إنمـا هـو تطبيـق لمبـدأ حرية التعاقد المنبثق من مبدأ سلطان الإرادة.

ولا يقصد بالعاقدين طرفا العقد وحدهما ليقتصر أثر العقد عليهما لأن الفرد يتعاقد لنفسه وكذلك لوارثه أو خلفه العام، إذ لا تستقيم المعاملات إذا اقتـصر أثـر العقد حق أو التزام بوفاة الدائن أو المدين بل يتعين انتقالة إلى الخلف العام وكـذلك قد يتعلق العقد بشيء معين يملكه العاقد ولا يتصل بشخصه، وتقتضى طبيعتـه أن ينتقل أثر العقد مع الشيء الذى يتعلق به إلى من ينتقل هذا الشيء إليـه وهـو مـا يسمى بالخلف الخاص، وقد نصت على هذا المبدأ المادة ١٤٥ مدنى.

وإذا كانت المادة ١٤٥ مدنى تتحدث عن اقتصار آثار العقد علـى طرفيـه وخلفهما العام ، إلا أن المسألة محور المعالجة تتصل بمرحلة تكوين العقـد ولـيس بآثاره ومن الذى يعد طرفاً فى العقد بالمفهوم المادى أو الموضوعى ومـن الـذى ساهم بإرادته فى تشييده وبالتالى فإن طرفى العقد هما الوكيل والمتعاقد معـه فقـط وأن سواهما يعد من الأغيار.

وفى ذلك تقول محكمة النقض المصرية[2] «.... إن عقد الوكالة بالتـسخير يقتضى أن يعمل الوكيل باسمه الشخصى بحيث يظل اسم الموكل مستتراً ويترتـب على قيامها فى علاقة الوكيل المسخر بالغير أن تضاف جميع الحقوق التى تنشأ من التعاقد مع هذا الغير إلى الوكيل المسخر فيكون هو الدائن بها قبله كما تضاف إليـه جميع الالتزامات فيكون هو المدين بها إليه....».

وعلى ذلك أرى أن العلاقة بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر تعـد علاقة أغيار وليست علاقة تعاقدية لأن الوكيل المسخر يصبح كما سبق القول طرفاً بالمفهوم الشكلي فى العقد، ومن ثم لا تنصرف آثار العقد فى ذمته باعتبـاره أحـد العاقدين الذى تولى تشييد العقد من خلال مساهمته بإرادته فى ذلك.

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ محمود جمال الدين زكى - الوجيز فى نظرية الالتزام فى القـانون المـدنى المصرى جـ١ مصادر الالتزام - الطبعة الثانية ١٩٧٦ - مطبعة جامعة القاهرة صـ٢٤٧، ٢٤٨.

٢) راجع فى ذلك: نقض مدنى ١٩٩١/٥/٢٢ - الطعن رقم ٢١٥٠ لسنة ٥١ق.

وجدير بالذكر أن هناك فرقاً بين العلاقة التعاقدية وآثار تلك العلاقة فطبقاً للعلاقة التعاقدية فإن أطراف العقد فى الوكالة بالتسخير هما الوكيل المسخر والغير المتعاقد معه فكل منهما يكتسب صفة الطرف بالمفهوم الشكلى، أما آثار العلاقة التعاقدية فإن أطرافها هما الأصيل والغير المتعاقد مع الوكيل المسخر حيث ينصرف إليهما الآثار المترتبة على هذه العلاقة.

وفى ذلك يقول الأستاذ الدكتور/ مصطفى الجمال «وصاحب الاسم المستعار هو وحده الطرف فى العقد الذى يبرمه مع الغير، وكل ما ترتبه الوكالة فى هذه الحالة هو مجرد الزام الوكيل فى علاقته بالموكل بنقل آثار التصرف إلى هذا الأخير وإلا اعتبر مخلاً بالتزامه، وترتيباً على ذلك فالغير الذى تعاقد مع الاسم المستعار لا يرتبط إلا بهذا الأخير وحده، فإلى هذا الأخير وحده تنصرف حقوق العقد والتزاماته وذلك دون إخلال بالآثار التى يرتبها عقد الوكالة فى علاقة الاسم المستعار بالموكل أو المستعير للاسم»[١].

ولقد حاول بعض أنصار هذا الاتجاه إنقاذ العلاقة التعاقدية التى ساهم النائب فى تكوينها دون أن يفصح عن حقيقة صفته فى التعاقد ودون أن يعلم المتعاقد معه – حقيقة أو حكماً – حقيقة هذه الصفة من الأنهيار بقولهم «إنه لا يشترط من أجل بقاء العقد قائماً أن يكون الوكيل قد أخفى صفته الحقيقية بناء على تعليمات من الموكل بل يكفى أن تتحقق عملية الإخفاء حتى ولو كانت قد تمت من تلقاء نفس الوكيل ويفترض إخفاء هذا الأخير صفته حتى يقوم بإثبات عكس ذلك».

وقد أسس أنصار هذا الاتجاه[٢] وجهة نظرهم على اعتبارين أساسيين هما:

الاعتبار الأول: وهو مستمد من عقد الوكالة حيث قسم أنصار هذا الاتجاه الوكالة العادية إلى نوعين هما:

---

١) راجع فى ذلك: المرجع السابق صـ٢٦٧.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهورى – الوسيط جـ٧ (سابق الإشارة إليه) صـ٨٠٣ ومابعدها.

النوع الأول: وكالة نيابية وهى مكشوفة تقترن بالنيابة وتبيح للوكيل أن يعمل باسم الموكل.

النوع الثانى: وكالة غير نيابية وهى مستترة تتجرد عن النيابة وتفرض على الوكيل أن يعمل باسمه الشخصى وإن كان يعمل لحساب الموكل، فقد يرى الموكل أن يخفى اسمه فى التصرف الذى فوض فيه الوكيل لسبب أو لآخر فيشترط فى عقد الوكالة أن يعمل الوكيل باسمه الشخصى ويسخره فى ذلك مستعيراً اسمه وتسمى الوكالة فى هذه الحالة بعقد التسخير أو عقد الاسم المستعار ويسمى الوكيل بالمُسَخر أو الاسم المستعار. ونظراً لأن هذا النوع الأخير يتجرد من مفهوم النيابة كما عناه المشرع، وعرفه الفقه والقضاء منذ القدم فالعقد الذى يساهم الوكيل المسخر فى تكوينه يخضع للأصل العام فى التعاقد، والذى يقضى بأن من يساهم باسمه فى تكوين عقد معين فإنه يُلزم ذمته المالية بثماره متى كان المتعاقد معه لا يعلم حقيقة أو حكماً بعلاقة التسخير.

الاعتبار الثانى: وهذا الاعتبار مستمد من بعض النصوص القانونية التى وردت فى التشريعات المختلفة - من ذلك نص المادة ٢٢٤ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى والذى جاء فيه «ويكون الأمر على خلاف ذلك إذا تصرف الوكيل فى الظاهر باسمه الخاص وكان اسمه مستعاراً ولم يبرز وكالته فإن الذين يتعاملون معه على هذا الوجه لا يمكنهم أن يقاضوا غيره ولا يجوز لغيره أن يقاضيهم، ولا تطبق قواعد الوكالة، والتمثيل إلا على العلاقات التى بين الوكيل المستتر والموكل...».

ومن الواضح أن أنصار هذا الاتجاه قد استندوا إلى هذا النص والذى يفيد بما لا يدع مجالاً للشك بانصراف إرادة المشرع اللبنانى - صراحة - إلى وجوب إضفاء صفة الطرف بالمفهوم المادى أو الموضوعى على الوكيل فى علاقته بمن ساهم معه فى تكوين العقد متى كانت واقعة العلم - الحقيقى أو الحكمى- بصفته الحقيقية فى التعاقد غير متوافرة، ومن ثم تنشأ الرابطة العقدية بينه وبين المتعاقد معه، وبالتالى يجوز لكل منهما الرجوع على الآخر لمطالبته بتنفيذ الالتزامات التى تثقل كاهله ويصبح الموكل أجنبياً عن هذه الرابطة ومن ثمَّ لا يجوز له الرجوع

على المتعاقد مع الوكيل المسخر إلا بمقتضى الدعوى غير المباشرة وإن كان للموكل الرجوع بعد ذلك على الوكيل بمقتضى عقد الوكالة المبرم بينهما.

ولقد فرقت بعض التشريعات بشأن المسألة محور المناقشة بين حكم العقد وحقوقه وقررت بأن حقوق العقد فقط هى التى تنصرف فى ذمة النائب، أما بالنسبة لحكمه فإنه يرجع إلى الأصيل، من ذلك نص المادة ١١٣ من القانون المدنى الأردني والذى جاء فيه «إذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقداً باسمه فإن حكم العقد يرجع إلى الأصيل وتنصرف حقوق العقد إلى النائب إلا إذا كان العاقد الآخر يعلم وقت التعاقد بوجود النيابة فترجع الحقوق إلى الأصيل، كل ذلك ما لم ينص القانون على خلافة» وبذلك يكون المشرع الأردنى قد أضفى صراحة مفهوم الطرف بالمعنى المادى على النائب وذلك بالنسبة للالتزامات الناتجة عن العقد حيث إنه يصبح ملتزماً بها فى مواجهة المتعاقد معه الذى لم يعلم -حقيقة أو حكماً- بصفته الحقيقية فى تكوين العقد، أما بالنسبة للالتزامات التى تثقل كاهل المتعاقد مع النائب، وهى ما تسمى بحكم العقد فإنها تنصرف فى ذمة الأصيل مباشرة، وبذلك يكون المشرع الأردنى قد تأثر فى ذلك بما هو سائد فى الفقه الإسلامى والذى يفرق بين حكم العقد وحقوقه.

الفرع الثانى
النتائج السلبية المترتبة على هذه العلاقة

سبق القول بأن كل من ساهم بإرادته فى تشييد الرابطة العقدية يكون طرفـاً فى هذه الرابطة دون سواه، وبذلك فالرابطة العقدية تكون ملكاً لطرفيها، أمـا مـن عداهما فيعتبرون من الأغيار وذلك لأنهم لم يكتسبوا صفة الطرف بالمفهوم المادى أو الموضوعى، وبذلك فإن العلاقة التعاقدية التى تنشأ بين كل من الوكيل المـسخر والمتعاقد معه تنحصر فى طرفيها، ومن ثم فإن ثمار هذه العلاقة ينصرف فى ذمـة كل من الوكيل المسخر والمتعاقد معه، وبناء عليه فإن الأصيل لا يعد طرفاً فى هذه العلاقة ذلك لإنه لم يساهم بإرادته فى تشييدها سواء بطريق مباشر أو غير مباشر(١) بل كان أجنبيًا عنها ويترتب على ذلك عدم انصراف آثار هذه العلاقة فـى ذمتـه مباشرة بل يجب أن تنصرف فى ذمة الوكيل المسخر أولاً باعتباره الطرف الأصيل فى التعاقد والذى يتولى بعد ذلك نقل هذه الآثار إلى ذمة الأصيل تنفيذاً لعقد الوكالة المبرم بينهما ويترتب على اعتبار الأصيل أجنبيًا عن الرابطة العقدية التى تنشأ بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر عدة نتائج سلبية، أهم هذه النتائج:

أولاً: أنه لا يحق لكل من الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر الرجوع على الآخر مباشرة، وذلك لانتفاء السند القانونى لذلك حيث لا يرتبط كل منهما مع الآخر بأية رابطة قانونية تمكنه من الرجوع على الآخر لمطالبته بتنفيذ الالتزامات المتولدة عن هذه الرابطة أو اكتساب الحقوق الناشئة عنها، وهذا يؤدى بـالطبع إلـى عـدم استقرار المعاملات فى المجتمع ذلك لأن المفترض الطبيعى أن الأصيل قد اسـتعان بالوكيل المسخر وسخره فى إجراء تصرف قانونى لحسابه، وذلك لكى يتغلب على مانع قانونى أو أدبى يحول دون قيامه بنفسه بإجراء هذا التصرف، وبالتالى فإن قيام الوكيل المسخر بإجراء التصرف القانونى -منذ البداية وبناء علـى عقـد الوكالـة المبرم بينهما- يكون لحساب الأصيل لأنه يتعاقد مع الغير وانصرف قصده وهـو

---

١) والتعاقد بطريق مباشر يكون عن طريق تعاقد الشخص بنفسه أى أصيلاً عن نفسه والتعاقد بطريق غير مباشر وهو الذى يتم عن طريق نظام النيابة فى التعاقد.

بهذا الصدد نحو التعامل لمصلحة الأصيل، وبالتالى فإن المفترض الطبيعى للأمور أن تنصرف آثار هذا التصرف فى ذمة الأصيل لأن التعاقد قد تم لحسابه ولمصلحته دون حساب ومصلحة الوكيل المسخر الذى يعد مجرد ساتراً لاسم وشخص الأصيل، فإذا ما سلمنا بأن العلاقة بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر علاقة أغيار فإنه سوف يترتب على ذلك عدم استيفاء الحقوق والوفاء بالالتزامات التى يولدها العقد فإذا كانت محصلة هذا التعاقد تتم لحساب ومصلحة كل من الأصيل والغير الذى تعاقد معه الوكيل المسخر فكيف يتسنى لو سلمنا بهذا المنطق رجوع كل منهما على الآخر، وخاصة عندما يقوم الوكيل المسخر بنقل الحقوق والالتزامات إلى ذمة الأصيل حيث يصبح الوكيل المسخر فى هذه الحالة أجنبياً عن آثار العقد، ولا غرو فى أن محصلة العلاقة التعاقدية تنصب فى ذمة كل من الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر فيصبح بالتالى كل منهما الدائن والمدين فى مواجهة الآخر، وبالتالى يستطيع كل منهما الرجوع على الآخر بما ولده العقد من حقوق ورتبه من التزامات لأن العلاقة سوف تكون مباشرة بينهما فى نطاق الآثار المترتبة على الرابطة العقدية، ومن ثم فالقول بغير ذلك فيه زعزعة لاستقرار المعاملات بين الناس فى المجتمع ولن يقدم الشخص على التعاقد بطريق الوكالة بالتسخير الذى اعترف به المشرع واعتبره نظاماً قانونياً مشروعاً طالما لا ينطوى على مخالفة للنظام العام أو الآداب، وطالما أنه يستخدم فى عمل مشروع ولا ينطوى على غش فى القانون أو غشاً فيما يتعلق بحقوق الغير[1].

ثانياً: أن إبرام الوكيل المسخر التصرف القانونى الموكل فيه من قبل الأصيل ونقل آثار هذا التصرف إلى الأخير، يصبح الوكيل المسخر أجنبيًا عن الآثار المترتبة على هذا التصرف لأنه وإن كان طرفاً فى العلاقة التعاقدية بالمفهوم الشكلي فإنه ليس كذلك بالنسبة للآثار المترتبة على هذه العلاقة ومن ثم تنحصر هذه الآثار بين كل من الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر، وبالتالى تنشأ بينهما علاقة سندها هذه الآثار لأن التصرف القانونى لا ينتهى بمجرد إبرامه ولكن يستمر حتى تمام مراحل تنفيذه، وآثار التصرف القانونى الذى يبرمه الوكيل

١) راجع فى ذلك: دكتور/ محمد زكى عبد المتعال - المبحث السابق صـ٧.

المسخر مع الغير لم تنتهي بل تنسحب إلى كل من الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر وأنه بحكم هذه العلاقة التي تجد أساسها في الآثار يستطيع كل من الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر مطالبة كل منهما الآخر بالحقوق الناشئة عن العقد وتنفيذ الالتزامات المترتبة عليه والقول بخلاف هذا المنطق فيه إهدار لمبدأ الثقة في المعاملات بين الأفراد في المجتمع كما أنه يجافي مبادئ العدالة، لأنه بعد أن اعترف المشرع بالنظام القانوني للوكالة بالتسخير وأقره الفقه والقضاء كنظام قانوني صحيح ومشروع شريطة أن يكون الغرض منه مشروعاً فلا يعقل أن نهدر كل ذلك من خلال فكرة أن العلاقة بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر علاقة أغيار.

ثالثاً: أنه لا يجوز لدائني الأصيل توقيع الحجز على الحقوق المترتبة على العقد المبرم بين الوكيل المسخر والغير المتعاقد معه، ولكن يجوز لدائني المتعاقد مع الوكيل المسخر الحجز على هذه الحقوق، وعلى ذلك فإن حقوق الأصيل المتولدة عن هذا العقد تخرج من الضمان العام للدائنين، وبالتالي لا يستطيع الأخيرون ملاحقة هذه الحقوق والتنفيذ عليها لأنها لا تدخل في ذمة الأصيل الأمر الذي يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات في المجتمع من خلال عدم استيفاء الدائن لحقه من الحقوق التي اكتسبها الأصيل من الرابطة العقدية.

رابعاً: أن الأصيل لا يلتزم بالوفاء بالديون والالتزامات الناشئة عن العقد من ذمته المالية بينما يلتزم المتعاقد مع الوكيل المسخر بالوفاء بالديون والالتزامات المتولدة عن العقد من ذمته المالية، وهذا يؤدي بالتالي إلى عدم تحقيق العدالة بين طرفي آثار العقد لأن العقد كما يكسب حقوقاً للطرفين فإنه يولد التزامات أيضاً لطرفيه فإذا كان الأصيل لن يلتزم بالوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد فإن معنى ذلك أن الوكيل المسخر هو الذي سوف يتحمل بالوفاء بهذه الالتزامات من ذمته المالية حال كونه وكيلاً عن الأصيل بموجب سند الوكالة المبرم بينهما، الأمر الذي يترتب عليه تحميل الوكيل المسخر بالتزامات دون وجه حق.

خامساً: لا يجوز لدائني الأصيل أن ينفذوا على حقوقه الناشئة عن العقد الذي أبرمه الوكيل المسخر مع الغير إلا إذا انتقلت إليه من الأخير، بينما يجوز

لدائنى المتعاقد مع الوكيل المسخر ذلك لأن هذه الحقوق قد انتقلت إليه فــى ذمتــه المالية ويستفاد من ذلك أنه إذا لم تنتقل هذه الحقوق إلى ذمة الأصيل فلــن يكــون لدائنى الأصيل الحق فى التنفيذ عليها طالما كانت فى ذمة الوكيل المسخر وأن تغل يدهم عن القيام بذلك، وقد يتعمد الأصيل إضراراً بدائنيه عدم نقل هذه الحقوق إلــى ذمته المالية لعدم إمكانية التنفيذ عليها ويبقيها فى ذمة الوكيل المسخر الأمر الــذى يترتب عليه الإضرار بحقوق الدائنين وضياع حقوقهم فضلاً عــن عــدم تحقيــق المساواة والعدالة بين دائنى الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر، وهذا يخالف مــا قرره المشرع من كفالة حقوق الدائنين عن طريق وســائل التنفيــذ حيــث نــصت المادتان ٢٣٥، ٢٣٦ مدنى على ذلك حيث أعطت للدائن أن يستعمل حقوق مدينــة باسم هذا المدين إلا ما كان منها متصلاً بشخصه أو غير قابل للحجــز بــشرط أن يثبت الدائن أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق، ويكون الدائن فى اســتعماله حقــوق مدينة نائباً عنه وأن كل فائدة تعود من استعمال هذه الحقوق تدخل فى أموال المدين وتكون ضماناً لحقوق دائنيه، كما أن من حق دائنى الأصيل استيفاء حقــوقهم لــدى الوكيل المسخر وذلك عن طريق توقيع الحجز على ما للمدين لدى الغير.

سادساً: أنه فى حالة تعارض دائنى الأصيل مع دائنى المتعاقد مع الوكيــل المسخر فيمكن للأخيرين أن يستوفوا حقوقهم فى مواجهة دائنى الأصــيل، إذا هــم قاموا بتسجيل التنبيه بنزع ملكية العقار قبل تسجيل السند الذى ينقــل بــه الوكيــل المسخر ملكية العقار إلى الأصيل، وذلك طبقاً لقاعدة الأسبقية فى التسجيل تكــسب الملكية.

سابعاً: إذا قام الأصيل بتوكيل الوكيل المسخر فى بيع عقار مثلاً طبقاً لعقــد الوكالة المبرم بينهما وبناء عليه نقل إليه ملكية هذا العقار، ففى هذا الفرض يجــوز لدائنى الأصيل أن يطعنوا فى التصرف المذكور بالدعوى البوليصية إذا أثبتــوا أن هناك تواطئاً بين الموكل والوكيل على الإضرار بحقوقهم، ولا يجوز لهــم الطعــن بالدعوى البوليصية إذا باع الوكيل المنزل للغير تنفيذاً لوكالته.

ثامناً: أن القول بان العلاقة بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر علاقة أغيار يترتب عليه اعتبار الأصيل أجنبياً عن الرابطة العقدية، التى تنشأ بين الوكيل

المسخر والمتعاقد معه، وبالتالى لا تنصرف فى ذمته ثمار هذه الرابطة مباشرة من الوكيل المسخر بل تمر بذمة هذا الأخير أولاً، وتكون يده عليها يد أمين وليست يـد مالك ومن ثم فهو ملزم بالمحافظة عليها محافظته على أمواله الخاصـة فـإذا مـا تصرف فيها بأى وجه من أوجه التصرف طبقت عليه أحكام التصرف فـى ملـك الغير وإن هو بددها أو رفض تسليمها إلى الأصيل سئل عن جريمة تبديد وخيانـة أمانه، وبالتالى لا يستطيع دائنوا الأصيل ملاحقته لاسـتيفاء حقـوقهم مـن آثـار التصرف القانونى الذى أبرم أصلاً لحسابه ولمصلحته.

تاسعاً: أنه لا يحق للأصيل أن يحل محل الوكيل المسخر فى حقوقـه قبـل الغير المتعاقد معه وهو ما يعرف بالحلول القانونى، وفى ذلك إهدار لحق الأصـيل فى أن يحل محل الوكيل المسخر فى حقوقه قبل المتعاقد معه لاستيفاء هذه الحقوق.

عاشراً: ليس للأصيل الرجوع على المتعاقد مع الوكيـل المـسخر إلا مـن خلال الدعوى غير المباشرة للمطالبة بحقوق مدنية وهو الوكيل المسخر وليس للغير المتعاقد مع الوكيل المسخر حق الرجوع على الموكل للمطالبة بحقوق مدنية إلا عن طريق الدعوى غير المباشرة.

حادى عشر: انصراف آثار التعاقد من حقـوق والتزامـات إلـى الوكيـل المسخر، فقد رأينا أن المادة ١٠٦ مدنى التى تحيل إليها المادة ٧١٣ مـدنى تـنص على أنه «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائـب». ورأينا أن الوكيل المسخر لا يعلن وقت إبرام العقد - صراحة أو ضمناً- أنه يتعاقد بصفته نائباً وإنما يتعاقد باسمه الشخصى، ومن ثم فإنه لا يكون نائباً عن الموكـل وتنصرف إليه هو دون الموكل كافة آثار التصرف مـن حقـوق والتزامـات ولا يستثنى من ذلك إلا الحالتان المنصوص عليهما فى المادة سالفة الذكر وهما:

أن يكون من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب، وعلى ذلك فإن علاقـة الغيـر الذى عقد التصرف مع الوكيل المسخر تكون مع الأخير ولا شأن له بالموكل وعلى

ذلك إذا سخر الوكيل فى شراء عقار كان الوكيل هو الدائن فى الالتزام بنقل الملكية والتسليم وضمان الاستحقاق، وكان هو المدين بأداء الثمن ويكون لكل من الوكيل المسخر والغير الرجوع على الآخر فيما له من حقوق، على أن الموكل وإن لم يكن له حق الرجوع مباشرة، بالثمن على الغير إلا أن له الرجوع عليه بطريق الدعوى غير المباشرة باستعمال حقوق مدنية الوكيل المسخر، وبالمقابل يستطيع الغير الرجوع بماله من حقوق على الموكل عن طريق الدعوى غير المباشرة باستعمال حق مدنية الوكيل المسخر كما سبق البيان.

وقد قضت محكمة النقض بأن[1] «من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن من يعير اسمه ليس إلا وكيلاً عمن أعاره، وتعامله مع الغير لا يغير من علاقته بالموكل شيئاً فهو كسائر الوكلاء لا يفترق عنهم إلا فى أن وكالته مستترة فكأن الشأن شأنه فى الظاهر مع أنه فى الواقع شأن الموكل، وينبنى على ذلك أن الوكيل المستتر فى الشراء لا يكتسب شيئاً من الحقوق المتولدة عن عقد البيع الذى عقده بل تنصرف هذه الحقوق إلى الأصيل، أما فى علاقة الغير بهذا الأصيل فإن من المقرر على ما تقضى به المادة ١٠٦ من القانون المدنى أن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً إلا فى حالتين هما: إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب».

ثانى عشر: أنه طبقاً لقاعدة وجوب إثبات ما يخالف الكتابة بالكتابة أن يثبت الغير عقد التسخير بالكتابة أو بالإقرار أو اليمين لا فرق فى ذلك بينه وبين المتعاقدين غير أنه لأن الغير لم يكن طرفاً فى عقد التسخير فإنه لا يتصور حصوله على ورقة ضد وقت إنشائه بل الغالب أن تكون الصورية موجهه ضده فيعتبر ذلك مانعاً من الحصول على الكتابة ويترتب على هذا المانع أنه يجوز للغير إثبات اتفاق التسخير بكافة طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن، ويلاحظ أن القرائن وإن كانت أضعف الأدلة لكونها أدلة غير مباشرة فإنها تحتل مكاناً مهماً فى إثبات الصورية

---

١) راجع فى ذلك: نقض مدنى الطعن رقم ٦٤٨ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤ وفى نفس المعنى نقض مدنى ١٩٩٧/١١/١ - الطعن رقم ٥٥٧٦ لسنة ٥٦ق.

ومنها اتفاق التسخير عندما يكون ذلك جائزاً بالبينة، إذ كثيراً ما تكون هى الـــدليل الوحيد على وجود اتفاق التسخير وصورية التصرف غير أنه لابد أن تكون القرائن قويه بصفة خاصة[1].

١) راجع فى ذلك: دكتور/ سليمان مرقص - المرجع السابق بند ٢٠٩ صـــ٢١١، ٢١٢ هامش ٢، ٣، ٤، ٥.

الفرع الثالث
رأى الباحث فى هذه المسألة

ونخلص من كل ما تقدم إلى أن الأصيل يعتبر من الأغيار بالنسبة للرابطة العقدية التى يتم تكوينها من خلال فكرة الوكالة بالتسخير والتى تتم بين الوكيل المسخر والمتعاقد معه حيث إن الأصيل لم يساهم بإرادته فى تشييد الرابطة العقدية ومن ثم يعتبر أجنبياً عنها وفقاً لمبدأ نسبية أثر العقد الذى تنص عليه المادة ١٤٥ مدنى مصرى والتى تقضى بأن آثار العقد تنصرف إلى أطرافه فقط دون غيرهم، وبالتالى فإنه طبقاً للأصل العام فى التعاقد بأن كل من يساهم بإرادته فى تشييد الرابطة العقدية فإنه يكتسب صفة الطرف بالمعنى المادى أو الموضوعى والشكلى أيضاً، ومن سواهم يعد من طائفة الأغيار، ومن ثم فإن الأصيل يدخل فى عداد الأغيار وهذا الرأى نؤيدة لأن أطراف العقد طبقاً للمعنى الشكلى فى العلاقة التعاقدية التى تتم من خلال فكرة الوكالة بالتسخير هما الوكيل المسخر والغير المتعاقد معه ذلك لأنهما هما اللذان باشرا تشييد العقد بأن ساهما بإرادتهما فى عملية التشييد، أما الأصيل فلم يساهم فى تشييد هذه الرابطة العقدية وبالتالى فإنه يعتبر أجنبياً عنها، ومن ثم لا تنصرف آثار العقد فى ذمته مباشرة[1] بل يتسلمها الوكيل المسخر إلى حين نقلها إلى ذمة الأصيل. وفى ذلك تقول محكمة النقض[2] بشأن أحد الطعون الذى طرح أمامها «... إن الوكيل إذا تعامل باسمه مع الغير فهذا بمقتضى حكم القانون لا يغير من علاقته مع الموكل فتعتبر الصفقة قد تمت لحساب الموكل وكل ما فى الأمر أن الوكيل فى هذه الحالة هو الذى يكون ملزماً قبل الغير الذى تعامل معه....».

---

١) وإن كان الوكيل المسخر ملزماً بموجب عقد الوكالة بنقل ثمار العقد إلى ذمة الموكل.

٢) راجع فى ذلك: نقض مدنى ١٩٨٠/٣/٥ الطعن رقم ١٢٧١ لسنة ٤٨ق، الطعن رقم ٥٥٧٦ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٧/١١/١.

وفى حكم آخر لها[١] قضت بأن «.... عدم إفصاح الوكيل عن صفته فى العقود التى يبرمها مع الغير لحساب الموكل لا يؤدى بذاته إلى صورية التوكيل لأن تعامل الوكيل باسمه مع الغير لا يغير من علاقته بموكلة فيلتزم الموكل بموجب عقد الوكالة بتنفيذ ما التزم به الوكيل وكل ما يترتب على ذلك من أثر هو أن الوكيل فى هذه الحالة هو الذى يكون ملزماً قبل الغير الذى تعامل معه إلا إذا كان من المفروض حتماً أن هذا الغير يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوى عنده أن يتعاقد مع الأصيل أو النائب فعندئذ تكون العلاقة بين الغير الذى تعاقد مع الوكيل وبين الموكل كما هو الحال فى الوكالة الظاهرة».

وبناء عليه لا يجوز للموكل الرجوع على المتعاقد مع الوكيل إلا من خلال الدعوى غير المباشرة طالما أن ثمار العقد ما زالت فى يد الوكيل المسخر، وفى ذلك يقول الأستاذ الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى[٢] «.... إذا سخر الموكل الوكيل فى شراء منزل فإن الموكل لا يكون هو الدائن مباشرة للبائع بنقل الملكية والتسليم وبضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية، بل يكون الدائن هو الوكيل المسخر وكذلك إذا سُخر الموكل الوكيل فى بيع منزل فإن الموكل لا يكون هو الدائن مباشرة للمشترى بالثمن بل الدائن هو الوكيل المسخر.... على أن الموكل إذا لم يستطيع الرجوع مباشرة بالثمن على المشترى فإنه يستطيع الرجوع عليه بالدعوى غير المباشرة باستعمال حق مدنية وهو الوكيل المسخر ويستطيع الرجوع مباشرة بالثمن على المشترى عندما ينقل إليه الوكيل المسخر حقه قبل المشترى أو عندما يحل الموكل محل الوكيل فى هذا الحق» وقد استند الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى فى ذلك إلى نص المادة ٢/١٧٠٥ من التقنين المدنى الإيطالى[٣]، والذى جاء فيه «لا يكون للغير علاقة بالموكل ومع ذلك يجوز للموكل بحلوله محل الوكيل

---

١) راجع فى ذلك: نقض مدنى جلسة ١٩٩١/٥/٢٢ الطعن رقم ٢١٥٠ لسنة ٥١ق.
وفى نفس المعنى: SCHMIDT - SZALEWSKI (J), op, cit. p. 409, No: 3780.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط جـ٧ (سابق الإشارة إليه) صـ٨٢١، ٨٢٢.

٣) والذى إشار إليه فى كتابه الوسيط جـ٧ (سابق الإشارة إليه) صـ٨٢٢ هامش ١.

أن يستعمل الحقوق الناشئة من تنفيذ الوكالة دون أن يخل ذلك بـالحقوق المخولـة للوكيل بموجب نصوص المواد الآتية.....».

وكما تقوم العلاقة بين الوكيل المسخر وأغيار آخرين خلافاً للغير الذى سّخر للتعاقد معه كذلك تقوم العلاقة بين الموكل وأغيار آخرين من هؤلاء.

فالبنسبة إلى دائنى الموكل فإنه بفرض أن الأخير قد سّخر الوكيل فى شراء منزل لحسابه، اعتبر المنزل مملوكاً للوكيل المسخر وباعتبار المنزل مملوكاً للأخير لا يجوز لدائنى الموكل أن ينفذوا عليه ولكن باعتبار الوكيل ملتزمـاً بنقـل ملكيـة المنزل للموكل يجوز لهؤلاء الدائنيين أن يطالبوا الوكيل بتنفيذ التزامه عن طريـق الدعوى غير المباشرة باسم الموكل، وإذا تعارضت مصالح دائنـو الموكـل مـع مصالح دائنى الوكيل فإن دائنى الوكيل يستطيعون إذا سجلوا التنبيه بنزع الملكيـة قبل تسجيل السند الذى ينقل به الوكيل ملكية المنزل إلى الموكل أن يستوفوا حقوقهم من ثمن المنزل فى مواجهة الموكل نفسه.

أما إذا سّخر الموكل الوكيل فى بيع منزل وتمهيداً لذلك نقل إليـه الموكـل ملكية المنزل فإن لدائنى الموكل أن يطعنوا فى هذا التصرف بالدعوى البوليصية إذا أثبتوا أن هناك تواطئاً بين الموكل والوكيل على الإضرار بحقوقهم ولا يجوز لهـم الطعن بالدعوى البوليصية-إذا باع الوكيل المسخر المنزل للغير تنفيذاً لوكالتـه، إلا إذا اثبتوا أن هذا الغير كان هو أيضاً متواطئاً مع الوكيل.

وبالنسبة لدائنى الوكيل ففى المثال السابق الإشارة إليـه يـستطيع الموكـل استخلاص المنزل منهم إذا ما قام هو بتسجيل سند نقل ملكية المنزل إليه من الوكيل قبل أن يسجل هؤلاء الدائنون التنبيه بنزع الملكية، وإذا أفلس الوكيـل فـإن كـان إفلاسه قبل أن تنتقل ملكية المنزل إلى الموكل كان هذا الأخير دائناً للتفليسة شـأنه فى ذلك شأن سائر دائنى الوكيل أما إذا انتقلت ملكية المنزل إلى الموكل قبل شـهر الإفلاس فإن الموكل يستطيع استرداده من التفليسة بإعتباره مملوكاً له.

أما بالنسبة إلى من تصرف له الوكيل فى المنزل الذى اشتراه – فى المثـال السابق- بطريق التسخير، فإن الموكل يستطيع أن يطعن على هذا التصرف بموجب الدعوى البوليصية باعتباره دائناً للوكيل إذا هو أثبت تواطؤ الوكيل مع المتصرف

له إذا كان التصرف بعوض ودون حاجة إلى إثبات التواطؤ إذا كان التصرف تبرعاً وذلك طبقاً للقواعد المقررة فى الدعوى البوليصية.

وأسانيدى على أن العلاقة بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر علاقة أغيار:

يذهب أنصار هذا الاتجاه[1]، إلى القول بإضفاء صفة الطرف بالمعنى المادى أو الموضوعى على الوكيل فى علاقته بالغير الذى ساهم معه فى تشييد الرابطة العقدية يقتصر على حالة ما إذا كان قد تعامل باسمه الشخصى، وكان اسماً مسخراً ولم يبرز وكالته ولم يعلم بها من تعاقد معه، وأن ما عدا ذلك لا يكون العقد قائماً بين النائب والمتعاقد معه ولا بين هذا الأخير والأصيل وهو الرأى الذى أؤيده.

ومعنى ذلك أن إضفاء صفة الطرف بمعناها المتقدم ذكره على شخص النائب لا يكون بصفة مطلقة، بل هناك قيود ترد على ذلك منها أنه يجب أن يكون مصدر النيابة عقد الوكالة، ومن ثم فإذا كان مصدرها نص القانون أو حكم القضاء فإن العقد لا ينشأ لا بين النائب والمتعاقد معه، ولا بين هذا الأخير والأصيل وذلك لعدم وجود تطابق بين القصدين، ومن ناحية ثانية أن يكون الوكيل قد تعامل فى الظاهر مع الغير باسمه الشخصى أى أنه لم يعلن -صراحة أو ضمناً- بأنه يتعاقد لحساب شخص محدد ولم يكن الغير المتعاقد معه يعلم -حقيقة أو حكماً- بصفته الحقيقية فى التعاقد، وأخيراً أن يكون الوكيل قد تعامل بطريق التسخير، وبالتالى إذا

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ ثروت حبيب - المرجع السابق صـ١٤٦، دكتور/ حمدى عبد الرحمن - المرجع السابق صـ١٧٠، ١٧١، دكتور/ سليمان مرقص - المرجع السابق صـ٢٣٦، دكتور/ عبد الحميد محمود البعلى - المرجع السابق صـ٢٠٤، دكتور/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى جـ٧ مشار إليه سابقاً صـ٨١٠ وما بعدها، دكتور/ عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق صـ٣٣٧، ٣٣٨، ٣٣٩، دكتور/ عبد الناصر توفيق العطار - المرجع السابق - صـ٥٣، ٥٤، دكتور/ عبد الهادى العطافى - المرجع السابق صـ١٧٩، دكتور/ محمد حمدى مكى - الرسالة السابقة صـ١٩٣ ومابعدها، دكتور/ محمد زكى عبد المتعال - البحث السابق صـ٧، دكتور/ محمد على البدوى - المرجع السابق صـ٨٠، دكتور/ محمد لبيب شنب - المرجع السابق - صـ٧٥، دكتور/ نبيل إبراهيم سعد - المرجع السابق صـ١١٩ ومن أحكام القضاء: نقض مدنى ١٩٧٦/١٠/١٩ مجموعة النقض المدنى السنة ٢٧ رقم ٢٧٨ صـ١٤٦٧، ١٩٨٠/٣/٥ مشار إليه سابقاً، ١٩٩٧/١١/١ الطعن رقم ٥٥٧٦ لسنة ٥٦ق، طنطا الكلية الأهلية ١٩٣٣/٢/٢ المحاماة السنة ١٤ عدد٢ صـ١٠٣، ١٠٤ رقم ٥٤.

كان الوكيل قد أهمل أو قصر فى الإعلان عن صفته الحقيقية فى التعاقد فلا تنشأ الرابطة العقدية على النحو السابق بيانه.

فإذا ما توافرت هذه الضوابط فإن الوكيل يكتسب صفة الطرف بالمفهوم المادى أو الموضوعى ومن ثم فإن آثار العقد تنصرف فى ذمته مباشرة، ويصبح بالتالى هو الدائن والمدين فى مواجهة المتعاقد معه ويكون لكل منهما حق الرجوع على الآخر لمطالبته بتنفيذ الالتزامات التى تثقل كاهله، والتى أسفرت عنها الرابطة العقدية رغم أن قصده لم ينصرف إلى ذلك منذ البداية.

وليس بشرط لقيام الرابطة العقدية موافقة الوكيل أو المتعاقد معه أو الموكل لأنها تنشأ وبقوة القانون متى توافرت الضوابط السابق الإشارة إليها، ومن ثم فإن إبداء الرغبة من جانب أيٍّ منهم يكون مجرداً من الأثر القانونى[1].

وعلى ذلك فإن أسانيدى على أن العلاقة بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر علاقة أغيار تنحصر فى الآتى:

أولاً: أن القواعد والضوابط التى قال بها أنصار هذا الاتجاه من الفقه والقضاء بشأن إضفاء صفة الطرف بالمفهوم المادى أو الموضوعى لا تنطبق وبحق على كل من الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر، ذلك لأن كلاً منهما ليس وكيلاً أو نائباً مصدر نيابته عقد الوكالة حيث إن الأصيل فى هذا الفرض يكون موكلاً للوكيل المسخر بموجب عقد الوكالة المبرم بينهما كما أن المتعاقد مع الوكيل المسخر يكون هو الآخر أصيلاً عن نفسه وليس وكيلاً عن غيره، ومن ناحية أخرى فإن الموكل يكون مستتراً وراء الوكيل المسخر فلا يظهر فى التعاقد لاعتبارات يراها محققه لمصلحته، ومن ثم لا يظهر ولا يتعامل باسمه الخاص مع الغير وإن كان الغير يختلف عن الموكل فى هذا الصدد حيث يتعامل مع الوكيل المسخر فى الظاهر باسمه الخاص وإن كان لا يعلم -حقيقة أو حكماً- بصفة الوكيل المسخر الحقيقية فى التعاقد، وأخيراً فإن الموكل والمتعاقد مع الوكيل المسخر لا يتعامل مع الغير بطريق التسخير أى بأنه يتعاقد باسمه الشخصى ولكن لحساب شخص محدد لأن الموكل والمتعاقد مع الوكيل المسخر لا يكون مسخراً من جانب أحد من

---

١) راجع فى عرض وجهة نظر هذا الاتجاه: دكتور/ فيصل عبد الواحد - المرجع السابق صـ١٩٥.

الأغيار، وبالتالى فإن صفة الطرف لا تنطبق على كل من الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر لعدم توافر الضوابط فى حق أى منهما.

ثانياً: أن الموكل لا تربطه علاقة قانونية تذكر بالغير المتعاقد مع الوكيل المسخر وكذا الأخير لا تربطه بالموكل أدنى علاقة قانونية يمكن التعويل عليها قانوناً، ذلك إذا ما نظرنا إلى العقد المبرم بين الموكل والوكيل المسخر وهو عقد الوكالة فأطرافه هما الموكل والوكيل المسخر فحسب دون أن يكون المتعاقد مع الأخير طرفاً فى هذه العلاقة، وبالنسبة للعقد المبرم بين الوكيل المسخر والغير فإن أطرافه هما الوكيل المسخر والغير وبالتالى فإن العلاقة القانونية تنحصر فيهما دون غيرهما وعلى ذلك فإن الموكل لا يكون طرفاً فى هذه العلاقة، وبناء عليه فإن الموكل يكون غيراً بالنسبة للمتعاقد مع الوكيل المسخر فى علاقة الأخير بالوكيل المسخر، ويكون الغير غيراً بالنسبة للموكل فى علاقة الأخير بالوكيل المسخر.

ثالثاً: أن المفترض الطبيعى فى المعاملات يقوم على انصراف آثار التصرف القانونى إلى ذمه أطرافة عندما يتعاقدون وجهاً لوجه[١] وبذلك فإن كل من يساهم بإرادته سواء بطريق مباشر أو غير مباشر[٢] فى إبرام العقد يكون طرفاً بالمفهوم المادى لتكوين العقد، وبناء عليه يكتسب صفة الطرف، ونظراً لأن كلاً من الموكل والمتعاقد مع الوكيل المسخر لم يتعاقدا وجهاً لوجه ولم يساهم كل منهما بإرادته فى تكوين الرابطة العقدية فإنهما يُعَدانِ من الأغيار فى العلاقة بينهما.

رابعاً: أن تتوافر لدى كل من طرفى العقد النائب ومن يتعامل معه النية فى انصراف آثار العقد إلى ذمة الأصيل وليس إلى النائب، فالنائب لابد أن يتعاقد مع الغير بنية النيابة أى أنه إذا كان يتعاقد باسمه الشخصى كوكيل عن الأصيل إلا أن نيته يجب أن تتجه إلى انصراف آثار العقد إلى ذمة الأصيل ولحسابه وأن تتوافر لدى المتعاقد معه ذات النية، وهذا القصد المشترك يمثل جوهر العملية التعاقدية التى تتم بهذا الأسلوب وهذا القصد المشترك لا يتحقق لدى كل من الموكل والمتعاقد مع الوكيل المسخر، ذلك لأن الموكل ليس طرفاً بالمفهوم المادى كما سبق القول فى

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ حمدى عبدالرحمن -المرجع السابق صـ١٧٠، ١٧١.

٢) التعاقد بطريق النيابة فى التعاقد.

العلاقة التعاقدية بين الوكيل المسخر والمتعاقد معه حتى نفترض هذه النيـــة وأمــا بالنسبة للمتعاقد مع الوكيل المسخر فقد لا يعلم - حقيقة أو حكماً- بــصفة الوكيــل المسخر الحقيقية فى التعاقد وعما إذا كان يتعامل لمصلحته الشخصية أو عن شخص محدد، وخاصة إذا كان الوكيل المسخر لم يعلن صراحة أو ضمناً بحقيقة صفته فى التعاقد.

خامــساً: أن المقصود بعدم التطابق بين القصدين والذى يحــول دون قيــام الرابطة العقدية هو الذى يتحقق منذ البداية، ويكون كل طرف على علم به وهذا يعد متوافراً فى المسألة محور المعالجة، فالفرض أن المتعاقد مع النائب لم يعلم -حقيقة أو حكماً- بصفة هذا الأخير الحقيقية فى التعاقد ولو كان على بينه من ذلــك منــذ البداية لما أقدم على إبرام العقد لأنه لا يرغب فى التعاقد مع الأصيل الذى انصرف قصد النائب إلى التعامل لمصلحته لاعتبارات معينة، وعلى ذلك إذا لم يكــن للعقــد وجود من الناحية الفنية إلا أنه يعتبر موجوداً وقائماً من الناحية القانونية، غير أنــه يكون مهدداً بالزوال والقول بخلاف ذلك فيه إهدار للأحكام الخاصة بالغلط والتدليس باعتبارهما من عيوب الإرادة.

سادساً: أن العلاقة العقدية لا تقوم بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر وذلك لعدم توافر المفهوم الفنى للعقد، كما عناه المشرع وعرفه الفقه والقضاء منــذ القدم فالعقد يقوم من الناحية الفنية على تلاقى القصدين أو تطابقهما بــشأن جميــع العناصر الجوهرية والتى من بينها الشخص الذى تنصرف فى ذمته ثمــار العقــد، وهو ما اعترف به المشرع وذلك يستلزم علم كل من الموجب ومــن وجــه إليــه الإيجاب بحقيقة قصد الآخر من خلال معطيات التعبير وهذا يعد منتفياً فى العلاقــة بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر.

سابعاً: أنه لا يجوز للموكل الرجوع على المتعاقد مع الوكيل المسخر إلا من خلال الدعوى غير المباشرة التى بموجبها يستطيع أن يطالبه بحقوق مدنيــة وهــو الوكيل المسخر والتى اكتسبها من خلال العلاقة التعاقدية التى تــم تــشييدها بــين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر طالما أن ثمار العقد ما زالت فى يد الوكيــل المسخر.

ثامناً: يقول الأستاذ الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري في ذلك[1] «....إذا سّخر الموكل الوكيل في شراء منزل فإن الموكل لا يكون هو الدائن مباشرة للبائع بنقل الملكية، وبالتسليم وبضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية، بل يكون الدائن هو الوكيل المسخر وكذلك إذا سّخر الموكل الوكيل في بيع منزل، فإن الموكل لا يكون هو الدائن مباشرة للمشترى بالثمن بل الدائن هو الوكيل المسخر.... على أن الموكل إذا لم يستطيع الرجوع مباشرة بالثمن على المشترى فإنه يستطيع الرجوع عليه بالدعوى غير المباشرة باستعمال حق مدنية وهو الوكيل المسخر، ويستطيع الرجوع مباشرة بالثمن على المشترى عندما ينقل إليه الوكيل المسخر حقه قبل المشترى، أو عندما يحل الموكل محل الوكيل في هذا الحق...».وقد استند الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري إلى نص المادة ٢/١٧٠٥ من التقنين المدنى الإيطالى[2] والذى جاء فيه «لا يكون للغير علاقة بالموكل ومع ذلك يجوز للموكل بحلوله محل الوكيل أن يستعمل الحقوق الناشئة من تنفيذ الوكالة دون أن يخل ذلك بالحقوق المخولة للوكيل بموجب نصوص المواد الآتية...» وهذا يؤكد أنه لا توجد ثمة علاقة بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر وأن كلاً منهما يعتبر غيراً بالنسبة للآخر حيث لا يرتبطان بأدنى علاقة قانونية تذكر.

تاسعاً: نصت المادة ٨٩ مدنى على أنه «يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقين....» ونصت المادة ٩١ مدنى على أنه « ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه....».

وإذا ما طبقنا أحكام المادتين السابقتين على المسألة محور البحث فلا ينطبقان بالمرة ذلك لأن الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر لم يتبادلا التعبير عن الإرادة بأى وسيلة من وسائل التعبير، لأنهما لم تقم بينهما أى رابطة قانونية، وبالتالى فإن العلاقة بينهما تدخل في منطقة الأغيار، وبالنسبة لحكم النص الآخر فلا وجه لتطبيقه هو الآخر ذلك لأنه لم يصدر أى تعبير عن إرادة أى من الأصيل أو

---

١) راجع في ذلك: الوسيط في شرح القانون المدنى جـ٧ صـ٨٢١، ٨٢٢.

٢) والذى أشار إليه في كتابة الوسيط جـ٧ (مشار إليه سابقاً) صـ٨٢٢ هامش رقم ١.

المتعاقد مع الوكيل المسخر ولم يوجه حتى التعبير إلى الآخر، وبذلك فإن العلاقة بينهما ليست علاقة تعاقدية ولكنها علاقة أغيار بصورة مطلقة.

عاشراً: قضت محكمة النقض فى أحكام لها بأن العلاقة بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر علاقة أغيار حيث قضت فى أحد الطعون المطروح أمامها[١] «... أن الوكيل إذا تعامل باسمه مع الغير فهذا بمقتضى حكم القانون لا يغير من علاقته بالموكل فتعتبر الصفقة قد تمت لحساب الموكل، وكل ما فى الأمر أن الوكيل فى هذه الحالة هو الذى يكون ملزماً قبل الغير الذى تعامل معه.....».

كما قضت فى حكم آخر لها[٢] «.... عدم إفصاح الوكيل عن صفته فى العقود التى يبرمها مع الغير لحساب الموكل لايؤدى بذاته إلى صورية التوكيل، لأن تعامل الوكيل باسمه مع الغير لا يغير من علاقته مع موكلة فيلتزم الموكل بموجب عقد الوكالة بتنفيذ ما التزم به الوكيل وكل ما يترتب على ذلك من أثر هو أن الوكيل فى هذه الحالة هو الذى يكون ملزما قبل الغير الذى تعامل معه إلا إذا كان من المفروض حتماً أن هذا الغير يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعاقد مع الأصيل أو النائب فعندئذ تكون العلاقة بين الغير الذى تعاقد مع الوكيل وبين الموكل كما هو الحال فى الوكالة الظاهرة».

وعلى ذلك فإننى أرى أن العلاقة بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر تعد علاقة أغيار وليست علاقة تعاقدية.

١) راجع فى ذلك: نقض مدنى ١٩٨٠/٣/٥ الطعن رقم ١٢٧١ لسنة ٤٨ق، ١٩٨٠/٤/٢٤ الطعن رقم ٦٤٨ لسنة ٤٩ق، ١٩٤٣/٤/١٥ الطعن رقم ٦٣ لسنة ١٢ق مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى المواد المدنية جـ٤ - ١٩٤٨ صـ١٣١ رقم ٤٨.

٢) راجع فى ذلك: نقض مدنى ١٩٩١/٥/٢٢ الطعن رقم ٢١٥٠ لسنة ٥١ق، ١٩٩٧/١١/١ الطعن رقم ٥٥٧٦ لسنة ٥٦ق.

المطلب الثانى
الاتجاه القائل بأنها علاقة تعاقدية

عرض وتقسيم:

سبق أن رأينا أن العلاقة بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر تعد علاقة أغيار وبالتالى فليس لأحدهما الحق فى الرجوع على الآخر مباشرة سواء بالحقوق أو الالتزامات الناشئة عن العلاقة التعاقدية التى تم تشييدها بين الوكيل المسخر والغير، وذلك لأنهما لم يساهما بإرادتهما المشتركة فى تشييد الرابطة العقدية حتى يمكن أن ينسحب عليهما صفة الطرف بالمفهوم المادى أو الموضوعى.

وحيث إن الوكيل المسخر يعد وكيلاً عن الأصيل كسائر الوكلاء غير أن وكالته مستترة وليست ظاهرة وأن حكمه هو حكم كل وكيل وعلى ذلك أجمع الفقه والقضاء، وأن عقد الوكالة المبرم بينهما ينشئ حقوقاً والتزامات متبادلة بينهما، وأن الوكيل المسخر يعد مديناً للأصيل بالحقوق المتولدة عن العقد الذى يبرمه مع الأغيار، وأن القانون قد أعطى للأصيل الحق فى إلزام الوكيل المسخر بتقديم حساب عن وكالته بواسطة دعوى الوكالة المباشرة وذلك طبقاً لأحكام الوكالة العادية المتعلقة بالعلاقة بين الموكل والوكيل وهى التى تنطبق على الوكالة المبرمة بين الأصيل والوكيل المسخر الذى لم يكن إلا وكيلاً كسائر الوكلاء.

غير أنه ليس معنى هذا أن الأصيل لا يمكنه الرجوع على الغير بالمرة كما أن الغير لا يمكنه كذلك الرجوع على الأصيل هو الآخر.

فذهب جانب من الفقه والقضاء إلى أن العلاقة بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر علاقة تعاقدية، وإلى أنها تخضع لأحكام الصورية النسبية التى ترد على الاسم، ونظراً لأن المتعاقد مع الوكيل المسخر لا يعلم - حقيقة أو حكماً - بصفة الأخير الحقيقية فى التعاقد، أو أنه يتعاقد بصفته وكيلاً مسخراً فإنه يعد وفقاً لذلك حسن النية، وبالتالى يكون له الحق فى الرجوع على الأصيل مباشرة تطبيقاً لأحكام الصورية التى تخوله الحق فى التمسك بالعقد الصورى أو العقد الحقيقى وفق ما تقتضيه مصلحته الشخصية، وبذلك يرى أنصار هذا الرأى أن العلاقة بين

الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر علاقة تعاقدية وذلك بناء على تطبيق أحكـام الصورية النسبية التى ترد على الاسم على التعاقد الذى يتم من خلال فكرة الوكالـة بالتسخير، وسوف نستعرض الحجج التى استند إليها أنصار الاتجاه القائـل بأنهـا علاقة تعاقدية والنتائج المترتبة على هذه العلاقة ورأى الباحث حول هذه المسألة.

وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع:

الفرع الأول: حجج الاتجاه القائل بأنها علاقة تعاقدية.

الفرع الثانى: النتائج المترتبة على هذه العلاقة.

الفرع الثالث: رأى الباحث فى هذه المسألة.

الفرع الأول
حجج الاتجاه القائل بأنها علاقة تعاقدية

استقر الفقه والقضاء[١] على أنه إذا انتفت مصلحة الغير المتعاقد مع الوكيل المسخر فى تحديد الشخص الذى سوف تتأثر ذمته المالية بالآثار المترتبة على الرابطة العقدية، فإن العلاقة التعاقدية تنشأ وبقوة القانون بينه وبين الأصيل مباشرة. وبغض النظر عما إذا كان مصدر النيابة القانون أو القضاء أو الاتفاق، وبصرف النظر عما إذا كان عدم إعلان النائب عن حقيقة صفته العقدية يعود إلى تقصيره أو إهماله عندما لم يبذل عناية الرجل العادى حال صدور التعبير منه ووصوله إلى من وجه إليه على نحو يطابق حقيقة قصده بشأن تحديد صفته فى التعاقد وأنه يريد التعاقد نيابة عن شخص محدد، وأن هذا التصرف يتحقق فى أغلب الأحوال بفعل النائب نفسه كما قد يتحقق بفعل الغير الذى نيط به كتابة الرسالة التى تحتوى على التعبير أو الشخص الذى كلف بنقل معطيات التعبير، وقد يكون هذا الإهمال ناتجاً عن الفهم الخاطئ بعدم وجود مصلحة للغير فى تحديد الشخص الذى تتأثر ذمته المالية بآثار العقد، وقد يرجع عدم إعلان النائب عن صفته الحقيقية فى التعاقد إلى تعمد من جانبه أو من جانب أحد اتباعه أو أحد الأغيار الذى تم تكليفه بنقل التعبير إلى من وجه إليه، وقد يقوم النائب بذلك من تلقاء نفسه أو بناء على تعليمات من جانب الموكل[٢] بناء على الاتفاق التى تم بينهما فى عقد الوكالة المبرم بينهما وقد يسعى من وراء ذلك إلى إيهام الغير المتعاقد الذى يريد التعاقد معه بأنه يتعاقد لمصلحته الشخصية وليس بصفته نائباً عن شخص محدد[٣] أو عدم إظهار شخص الأصيل أمام الأغيار دون أن ينصرف القصد إلى إيهام المتعاقد نفسه.

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ جمال مرسى بدر - الرسالة السابقة صـ١٥٨، ١٥٩، دكتور/ عبد الحي حجازى - المرجع السابق صـ٧٩٨، ٧٩٩، دكتور/ عبد الرزاق السنهورى - نظرية العقد (مشار إليه سابقاً) صـ٢٢١ وما بعدها.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد - المرجع السابق صـ٢٠٣، ٢٤١.

٣) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط - جـ٧ صـ٨٠٣ وما بعدها، دكتور/ محمد زكى عبد المتعال - البحث السابق - صـ١، ٢.

ويترتب على قيام العلاقة التعاقدية بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر أن يصبح كل منهما الدائن والمدين في مواجهة الأخر، وبالتالي يمكن لأحدهما الرجوع على الآخر لمطالبته بتنفيذ الالتزامات التي تثقل كاهلة ويصبح النائب أجنبياً عن آثار العقد حتى لو كانت نيابته شاملة لمرحلة التنفيذ، حيث إنه يعد في هذه الحالة مجرد أمين على حقوق الأصيل وبالتالي فالمطالبة توجه باسم هذا الأخير إضافة إلى أنه لا يمكنه التصرف في هذه الحقوق ما لم يكن سند النيابة يخوله ذلك كما لا يجوز لدائنيه الحجز عليها هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإنه لا يكون ملتزماً بسداد الديون الناتجة عن العقد من ذمته المالية.

وعلى ذلك ذهب جانب منهم[1] إلى خضوع هذه العلاقة لأحكام الصورية النسبية التي ترد على الاسم ونظراً لأن المتعاقد لا يعلم -حقيقة أو حكماً- في الفرض محور المعالجة بفكرة التسخير فإنه يعتبر حسن النية وبالتالي يمكنه الرجوع على الموكل مباشرة تطبيقاً لقواعد الصورية التي تخوله حق التمسك بالعقد الصوري أو الحقيقي وفق ما تقضيه مصلحته الشخصية إذ الفرض أنه حسن النية لا يعلم – حقيقة أو حكماً – بوكالة المسخر عن الأصيل المستتر وعلى اعتبار العقد

---

١) راجع في ذلك: دكتور/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل - المرجع السابق - صـ١٤٣، دكتور/ أكثم الخولي مشار إليه في كتاب الوسيط - جـ٧، دكتور/ أنور سلطان - المرجع السابق - صـ٣٦، دكتور/ ثروت حبيب - المرجع السابق - صـ١٤٧، دكتور/ حسام الدين الأهواني - المرجع السابق - صـ٣٣٥، دكتور/ حمدى عبد الرحمن - المرجع السابق - صـ١٧٠، دكتور/ سليمان مرقص - المرجع السابق - صـ٢٢٦، دكتور/ عبد الحي حجازى - المرجع السابق - صـ٧٦٧، ٧٩٩، ٨٠٠، دكتور/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط - جـ٧ صـ٨١٣ هامش ١، دكتور/ عبد المنعم البدراوى - المرجع السابق - صـ٧١، دكتور/ محمد زكى عبد المتعال - البحث السابق صـ٧، المستشار/ محمد صالح - المرجع السابق - صـ٥٠، دكتور/ محمد صبرى السعدى - المرجع السابق - صـ١٥٤، ١٥٥، دكتور/ محمد على البدرى - المرجع السابق - صـ٨٠، دكتور/ محمد لبيب شنب - المرجع السابق - صـ٧٥، ٧٦، دكتور/ مصطفى الزرقا - المرجع السابق - صـ٧١، دكتور/ مصطفى الجمال - المرجع السابق - صـ٢٦٨، دكتورة/ نجوى فوزى شفيق - الرسالة السابق - صـ١٤٨، ومن أحكام النقض: نقض مدني ١٩٨٠/٣/٥ سابق الإشارة إليه، ١٩٨٥/١/١٦ مشار إليه سابقاً، ١٩٨٩/٥/٣١ مشار إليه سابقاً، ١٩٩٣/٥/٣ سابق الإشارة إليهما.

الحقيقى هو ما بين الموكل والوكيل المسخر أى عقد الوكالة بالتسخير وأن العقد الصورى هو ما بين الوكيل المسخر والمتعاقد معه.

وفى ذلك يقول الأستاذ الدكتور/ حمدى عبد الرحمن[1] «.... فإن النائب قد يتعامل باسمه الشخصى ولكنه فى حقيقة الأمر يتعامل لحساب الغير، وهى حالة تسخير الاسم أو الاسم المستعار، وهى نوع من الصورية النسبية ترد على الاسم وتستهدف إخفاء شخصية المتعاقد الحقيقى لسبب أو لآخر....».

وفى ذلك تقول محكمة النقض المصرية[2] بشأن أحد الطعون الذى طرح أمامها «بأن من يعير اسمه ليس إلا وكيلاً عمن أعارة وحكمة هو حكم كل وكيل من حيث ما يجب عليه من رعاية حق موكلة وضبطه من حيث مسئوليته إذا أخل بالتزامه وغصب هذا الحق أو أفتأت عليه ولا فارق بينه وبين الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة فيبدو الشأن شأنه فى الظاهر مع كونه شأن الموكل فى الواقع مما يقتضى أن تعتبر الصفقة فيما بين الموكل والوكيل قد تمت لمصلحة الموكل ولحسابه فيكسب كل ما ينشأ من التعاقد من حقوق ولا يكتسب الوكيل من هذه الحقوق شيئاً ولا يكون له أن يتحيل بأية وسيلة للاستئثار بالصفقة دونه، ومن ثم فإذا كان التعاقد يتعلق ببيع عقار كانت الملكية للأصيل فيما بينه وبين وكيله، وإن كانت للوكيل معير الاسم فيما بينه وبين البائع والغير. ويرجع ذلك إلى أنه مهما كان للوكيل المسخر من ملكية ظاهرة فى مواجهة الجميع فإنها ملكية صورية بالنسبة إلى الأصيل يمنع من الاحتجاج بها قبله قيام الوكالة الناشئة لحقيقة الأمر بينهما - وينتج من هذا أن الأصيل لا يحتاج - لكى يحتج على وكيله المسخر بملكية ما اشتراه إلى صدور تصرف جديد من الوكيل ينقل به الملكية إليه إذ يعتبر الأصيل فى علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة إلى أى إجراء، وإنما يلزم ذلك الإجراء فى علاقة

---

١) راجع فى ذلك: مصادر الالتزام - العقد والإرادة المنفردة صـ١٧٠.

٢) نقض مدنى: ٢٦ يونيو ١٩٦٤ - الطعن رقم ١٧ لسنة ٣٠ق مجموعة النقض المدنى السنة ١٥، جـ٢ سنة ١٩٦٤ صـ١٠٧٣ رقم ١٥٨، الطعن رقم ١٢٨٣ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/٦/١٦ (حكم لم ينشر)، الطعن رقم ٦٤٨ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤، الطعن رقم ١١٥٥ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٩/٥/٣١، الطعن رقم ١٣١٦ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٢/٧/١٩، الطعن رقم ٤٩٩٦ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٣/١١/٧.

الأصيل بالغير » وجاء فى حكم آخر أكثر حداثه[1] بصدد أحد الطعـون المطـروح أمامها بأنه «.... لما كانت الوكالة بالتسخير - وعلى ما جرى بـه قـضاء هـذه المحكمة - تقتضي أن يعمل الوكيل باسمه الشخصي وإن كان يعمل لحساب الموكل الذي يكون اسمه مستتراً ويترتب عليها - تطبيقاً لقواعد الصورية التـى تـستلزم أعمال العقد الحقيقي فى العلاقة بين الموكل والوكيل المسخر - أنهـا تنـتج قبـل الموكل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة فينصرف أثر العقد الـذى يبرمه الوكيل المسخر إلى كل من الموكل ومن تعاقد مع هذا الوكيل لما كان ذلـك وكان البين من الحكم المطعون فيه أن مورث المطعون ضدهم الأربعـة الأول وإن كان قد اشترى الفيلا محل النزاع باسمه الشخصي إلا أنه كان وكيلاً مسخراً عـن مورث الطاعنة فى شرائها من مال ولحساب هذا الأخير مما مقتضاه أن ينـصرف أثر العقد الذي أبرمه هذا الوكيل المسخر إلى الأصيل وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واشترط لانصراف أثر العقد إلى الأصيل أن يتفق الوكيل المسخر فـى العقد الذي أبرمه مع البائع على حقه فى اختيار الغير فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون مما يستوجب نقضه....».

وجاء فى حكم حديث لها[2] «.... أنه يجوز للوكيل أن يبـرم العقـد الـذى تخوله الوكالة إصدارة لا بصفته وكيلاً ولكن بصفته أصيلاً ذلك أن وكالته فى هـذه الحالة تكون مستترة ويعتبر وكأنه قد أعار اسمه للأصيل الذى وكله فى إبرام العقد وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة، فينصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل وإلى من يتعاقد مع الوكيل المستتر ولما كانت الوكالة بطريق التستر أو التسخير ليـست إلا تطبيقـاً لقواعـد الصورية فإن العلاقة بين الموكل والوكيل المسخر يحكمها العقـد الحقيقـى الـذى يسرى فيما بينهما....».

---

١) راجع فى ذلك: نقض مدنى جلسة ١٩٨٩/٥/٣١ الطعن رقم ١١٥٥ لسنة ٥٤ق، الطعنـان رقمـا ٢٤٣٧، ٢٤٦٦ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٣/٥/٣.

٢) راجع فى ذلك: نقض مدنى الطعنان رقما ٢٤٣٧، ٢٤٦٦ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٣/٥/٣.

وبناء عليه فإن [illegible] ل والغير يكون متوقفاً على محض إرادة هذا الأ [illegible] د تكوين العقد مع الوكيل في الرجوع على الموكل [illegible] التمسك بتطبيق أحكام الصورية والتمسك بالعقد الحقيق [illegible] ما إعمالاً لتلك الأحكام ويمكن لأحدهما الرجوع على [illegible] ت التي تثقل كاهله كما يجوز له التمسك بالعقد الصد [illegible] الحالة تنشأ العلاقة بينه وبين الوكيل، ومن ثم لا يج [illegible] لأن قيام هذه العلاقة يتقرر بنص قانوني.

ويذهب جانب [illegible] متى كان المتعاقد مع النائب يعلم -حقيقة أو حكماً- [illegible] المتعاقد وكونه يتعامل نيابة عن شخص محدد فإن آثار [illegible] قوة القانون- في ذمة الأصيل مباشرة، وينتهي دور [illegible] تلك الرابطة وأن هذا الحكم يكون واجب التطبيق [illegible] الإفصاح عن الصفة يرجع إلى إهمال أو تقصير أو تع [illegible]

ولكن انحصار [illegible] أساس قيام الرابطة العقدية بين الأصيل والمتعاقد [illegible] عدم الإفصاح عن الصفة في التعاقد يرجع [illegible] الحال بالنسبة للوكيل المسخر ومن في حكمه [illegible]

فذهب البعض [illegible] نص المادة ١٠٦ من القانون المدني، والذي [illegible] عاقد وقت إبرام العقد أنه

---

١) راجع في ذلك: هامش ١ [illegible]

٢) راجع في ذلك دكتور/ [illegible] د – المرجع السابق– ص [illegible] ١٠٥، دكتور/ عبد المنعم [illegible] فرج الصدة – المرجع [illegible] ي – الرسالة السابقة– ص ٤ [illegible] هامش ١، دكتور [illegible] ابق – ص ١٥٤، ١٥٥، دكتور/ محمد لبيب شنب [illegible] طفى الزرقا – المرجع السابق– ص ٧١، دكتور [illegible] ص ١٤٨.

يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب».

فقد رأى أنصار هذا الرأى أن عبارة النص جاءت عامة مما يستوجب صرف حكم هذا النص إلى جميع العلاقات التعاقدية التى يشارك النائب فى تكوينها مع الأغيار نيابة عن شخص محدد دون أن يفصح - صراحة أو ضمناً- عن حقيقة صفته هذه سواء كان ذلك عن عمد أو إهمال متى كان المتعاقد معه يعلم - حقيقة أو حكماً- بحقيقة قصده بشأن الشخص الذى تنصرف فى ذمته ثمار العقد[١]، وأن جهل المتعاقد بوجود النيابة فى هذه الحالة يكون جهلاً غير مغتفر لأن الشخص العادى لو وجد فى مثل هذه الظروف والملابسات التى أبرم فيها العقد لعلم بأن من يتعاقد معه لا يعمل لحساب نفسه بل لحساب شخص آخر، وعلى ذلك يعامل المتعاقد مع النائب معاملة من يعلم بوجود النيابة مما يؤدى إلى انصراف آثار العقد مباشرة إلى الأصيل[٢].

وفى ذلك قضت محكمة النقض[٣] فى أحد الطعون الذى طرح أمامها بأن «.... النص فى المادة ١٠٦ من القانون المدنى على أنه «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب» تنصرف إلى حالة الوكيل المسخر وهو من يتعاقد لحساب الموكل ولكنه لا يعلن وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ولذلك فإن أثر العقد لا يضاف إلى الموكل دائناً أو مديناً، ويستثنى من ذلك حالتان وهما حالة ما إذا كان الغير يعلم أو من المفروض حقاً أن يعلم بأن الوكيل إنما يتعاقد لحساب الموكل وحالة إذا كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الوكيل أو مع

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ مصطفى الجمال -المرجع السابق صـ٤٦٨.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ محمد لبيب شنب -المرجع السابق صـ١٤٨.

٣) راجع فى ذلك: نقض مدنى جلسة ١٩٩٧/١١/١ الطعن رقم ٥٥٧٦ لسنة ٥٦ ق.

الموكل، وفى هاتين الحالتين إذا كشف الموكل عن صفته كان له الرجوع مباشرة على الغير كما يكون للغير أن يرجع عليه طبقاً لأحكام الوكالة....».

وفى ذلك يقول الأستاذ الدكتور/ محمد زكى عبد المتعال[1] «....متى كان الغير المتعاقد مع الوكيل المسخر يعلم أو كان من المفروض أن يعلم أن الوكيل المسخر إنما يتعاقد لحساب الموكل.... فتطبق أحكام الوكالة النيابية وتنتقل الحقوق مباشرة إلى الموكل».

وذهب البعض الآخر[2] إلى تأصيل الحكم المتقدم ذكره على قواعد الصورية حيث رأى أن المتعاقد مع النائب يعتبر من طائفة الأغيار بالنسبة للعلاقة التعاقدية القائمة بين الموكل والوكيل المسخر والتى تنطوى على نوعين من التصرف أحدهما: حقيقى وهو انصراف آثار العقد الذى يشارك الوكيل فى إبرامه مع الغير فى ذمة الموكل مباشرة وثانيهما: صورى وهو انصراف آثار هذا العقد -من حيث الظاهر- فى ذمة الوكيل المسخر، وبالتالى فإنه بإمكان المتعاقد مع النائب أن يتمسك بالعقد الحقيقى أو الصورى وفقاً لما تقتضيه مصلحته الشخصية بشرط أن يكون حسن النية متى كان يبغى التمسك بالعقد الصورى.

ونتيجة لأنه يعلم بصفة النائب الحقيقية فى التعامل فذلك يحول دون تمسكه بالعقد الصورى، وذلك لتخلف هذا الشرط ولا يكون أمامه فى هذه الحالة سوى التمسك بالعقد الحقيقى وذلك يترتب عليه قيام الرابطة العقدية بينه وبين الموكل ويكون لكل منهما حق الرجوع على الآخر لمطالبته بما يشغل ذمته المالية من التزامات ناتجة عنها ويصبح الوكيل أجنبياً عن ثمار تلك الرابطة.

وفى هذا الصدد يقول الأستاذ الدكتور/ محسن عبد الحميد إبراهيم البيه فى تعليقه على حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ١٩٤٦/١٢/٢٦[3] «وإذا كانت فى هذه الحالة صورية فهى -كما تقول المحكمة- صورية فى شخص

---

١) البحث السابق صـ٧.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ أكثم الخولى - الوسيط جـ٧ هامش صـ٨١٢ هامش١، دكتور/ محسن عبد الحميد إبراهيم البيه -المرجع السابق صـ١٩٠.

٣) المرجع السابق صـ١٩٠.

المشترى وهى الوكالة المستترة وهذه الصورية النسبية بطريق التسخير تفترق عن الصورية التى تتصرف إلى المتعاقد ذاته إذ هى تفترض قيام العقد وجديته......».

وفى ذلك يقول الأستاذ الدكتور/ أكثم الخولى[1]، «.... إذا كان الغير يعلم بالتسخير فإن قواعد الصورية هى التى تنطبق ولا يستطيع الغير أن يحتج بالعقد الصورى لعلمه بالصورية وتسرى عليه أحكام العقد الحقيقى، فيعتبر أنه قد تعاقد مع الوكيل باعتباره نائباً عن الموكل...».

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بخصوص أحد الطعون الذى طرح أمامها[2] أنه، «.... إذا كانت الوكالة بالتسخير -وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- تقتضى أن يعمل الوكيل باسمه الشخصى وإن كان يعمل لحساب الموكل الذى يكون اسمه مستتراً ويترتب عليها -تطبيقاً لقواعد الصورية التى تستلزم أعمال العقد الحقيقى فى العلاقة بين الموكل والوكيل المسخر- أنها تنتج قبل الموكل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة فينصرف أثر العقد الذى يبرمه الوكيل المسخر إلى كل من الموكل ومن تعاقد مع هذا الوكيل».

وذهب البعض الآخر[3] إلى أن الحكم المقرر بمقتضى المادة ١٠٦ مدنى فيما يتعلق بالوكالة بالتسخير لا يعدو عن أن يكون سوى تطبيقاً لقواعد الصورية بطريق التستر.

---

١) مشار إليه فى كتاب الوسيط جـ٧ للدكتور/ عبد الرزاق السنهورى صـ٨١٣ هامش١.

٢) نقض مدنى جلسة ١٩٨٩/٥/٣١ الطعن رقم ١١٥٥ لسنة ٥٤ق.

٣) راجع فى ذلك: دكتور/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل - المرجع السابق - صـ١٤٣، دكتور/ أنور سلطان - المرجع السابق - صـ٣٦، دكتور/ ثروت حبيب - المرجع السابق - صـ١٤٧، دكتور/ حسام الأهوانى - المرجع السابق - صـ٣٣٥، دكتور/ حمدى عبد الرحمن - المرجع السابق - صـ١٧٠، دكتور/ سليمان مرقص - المرجع السابق - صـ٢٣٦، دكتور/ عبد الحى حجازى - المرجع السابق - صـ٧٦٧، ٧٩٩، ٨٠٠، دكتور/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط جـ٧ صـ٨١٣ هامش ١، دكتور/ عبد الرشيد مأمون - المرجع السابق - صـ٣٠ هامش رقم ١، دكتور/ محمد زكى عبد المتعال - البحث السابق - صـ٧، دكتور/ محمد على البدوى - المرجع السابق - صـ٨٠، دكتور/ مصطفى الجمال - المرجع السابق صـ٢٦٨

وفى ذلك تقول محكمة النقض المصرية[١] «النص فى المادة ٧١٣ من القانون المدنى على أن «تطبق المواد من ١٠٤ إلى ١٠٧ الخاصة بالنيابة فى علاقة الموكل والوكيل بالغير الذى يتعامل مع الوكيل» وفى المادة ١٠٦ من هذا القانون على أنه «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب» يدل -على ما جرى به قضاء هذه المحكمة- على أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذى تخوله الوكالة إصداره لا بصفته وكيلاً ولكن بصفته أصيلاً ذلك أن وكالته فى هذه الحالة تكون مستترة ويعتبر وكأنه قد أعار اسمه للأصيل الذى وكله فى إبرام العقد، وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة فينصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل وإلى من يتعاقد مع الوكيل المستتر ولما كانت الوكالة بطريق التستر أو التسخير ليست إلا تطبيقاً لقواعد الصورية فإن العلاقة بين الموكل والوكيل المسخر يحكمها العقد الحقيقى الذى يسرى فيما بينهما».

وفى حكم حديث لها قضت فيه[٢] «.... أن النص فى المادة ٧١٣ من القانون المدنى على أن «تطبق المواد من ١٠٤ إلى ١٠٧ الخاصة بالنيابة فى علاقة الموكل والوكيل بالغير الذى يتعامل مع الوكيل» وفى المادة ١٠٦ من هذا القانون على أنه «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب» يدل على أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذى تخوله الوكالة إصدارة لا بصفته وكيلاً ولكن بصفته أصيلاً ذلك أن وكالته فى هذه الحالة تكون مستترة ويعتبر وكأنه

---

١) راجع فى ذلك: نقض مدنى جلسة ١٩٨٥/١/١٦ الطعن رقم ٧٣٢ لسنة ٥٤ق، ١٩٨٠/٤/٢٤ الطعن رقم ٦٤٨ لسنة ٤٩ق.

٢) راجع فى ذلك: نقض مدنى -الطعنان رقما ٢٤٣٧، ٢٤٦٦ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٣/٥/٣، الطعن رقم ٧٣٢ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٥/١/١٦، الطعن رقم ٦٤٨ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤.

قد أعار اسمه للأصيل الذى وكله فى إبرام العقد، وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة فينصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل وإلى من يتعاقد مع الوكيل المستتر ولما كانت الوكالة بطريق التستر أو التسخير ليست إلا تطبيقاً لقواعد الصورية فإن العلاقة بين الموكل والوكيل المسخر يحكمها العقد الحقيقى الذى يسرى فيما بينهما وبالتالى فعلى من يدعى قيامها أن يثبت وجودها أما فى علاقة الغير بهذا الأصيل فإن المقرر وعلى ما تقضى به المادة ١٠٦ سالفة البيان أن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً إلا فى حالتين هما إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب...».

وفى هذا المعنى قضت محكمة الاستئناف العليا بالكويت - بخصوص أحد الطعون الذى طرح أمامها - «.... المادة ٥٧ من القانون المدنى تنص على أن «تطبق المواد من (٥٦ إلى ٦١) الخاصة بالنيابة فى التعاقد فى علاقة الموكل بمن تعاقد معه الوكيل». والنص فى المادة (٥٧ مدنى) على أنه «إذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فإن كل ما يترتب على هذا العقد من آثار ينصرف مباشرة إلى الأصيل» يدل على أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذى تخوله الوكالة إصداره لا بصفته وكيلاً ولكن بصفته أصيلاً ذلك أن وكالته فى هذه الحالة تكون مسترة ويعتبر وكأنه قد أعار اسمه للأصيل الذى وكله فى إبرام العقد وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة، فينصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل وإلى من يتعاقد مع الوكيل المستتر....»[١].

وفى تعليق للأستاذ الدكتور/ فيصل عبد الواحد[٢] على الحكم السابق حيث يقول «ومن ثم تكون قد تأثرت بما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية فى بعض

---

١) دائرة التمييز فى ١٩٨٧/٢/٤ مجلة القضاء والقانون عدد اكتوبر ١٩٩٤ السنة ١٥ عدد ١ صـ١٠٠ رقم ٢٦ (مشار إليه فى أثر عدم إعلان النائب صـ١٥٤ للدكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد).

٢) المرجع السابق (أثر عدم إعلان النائب) صـ١٥٤.

أحكامها ولم تنتبه إلى وجود نص خاص بذلك فى القانون المدنى الكويتى (نص المادة ٥٩) ليس له مثيل فى القانون المدنى المصرى». هذا وإذا كان الوكيل المسخر طرفاً فى العلاقة القانونية مع المتعاقد معه على اعتبار أنه هو الذى ساهم بإرادته فى تشييد الرابطة العقدية فإن الأصيل يعد طرفاً فى الآثار المترتبة على هذه الرابطة القانونية، فإذا كانت آثار العقد الذى يبرمه الوكيل المسخر مع الغير من حقوق والتزامات يتسلمها فى يده إلا أنه يلتزم وفقاً لأحكام عقد الوكالة المبرم بينه وبين الأصيل بنقل هذه الآثار سواء الإيجابية أو السلبية إلى ذمة الأصيل، وبالتالى تقوم الرابطة القانونية بين الأصيل والغير حيث يحق لكل منهما الرجوع على الآخر لمطالبته بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن الرابطة العقدية والتى تثقل كاهله.

وكما سبق القول بأنه متى انتفت مصلحة الغير فى تحديد الشخص الذى تتأثر ذمته المالية بثمار العقد فالرابطة العقدية تنشأ وبقوة القانون بينه وبين الأصيل مباشرة ويصبح النائب أجنبياً بالتالى عن ثمار العقد، بغض النظر عما إذا كان يعلم -حقيقة أو حكماً- بصفة النائب الحقيقية فى التعاقد من عدمه، ومثال ذلك الشخص الذى يدخل متجراً لشراء حاجياته منه فإنه يستوى لديه أن يتعامل مع العامل فى المتجر أو صاحب المتجر، لأنه يهمه أن يستوفى حاجياته وإن كان التعاقد فى نهاية المطاف سوف يكون مع صاحب المتجر بصفته الأصيل.

وجدير بالذكر أن تطبيق حكم الصورية فى هذه الحالة يخول له حق قيام العقد مع النائب أو الأصيل حسب ما تقتضيه مصلحته الشخصية البحتة -متى كان لم يعلم -حقيقة أو حكماً- بصفة النائب الحقيقية فى التعامل، لأن مفهوم المصلحة فى نطاق الصورية يختلف عن مفهومها فى مجال تطبيق حكم نص المادة ١٠٦ مدنى ففى الصورية يتم النظر إليها وقت التمسك بأحكامها بعكس الحال بالنسبة لحكم نص المادة ١٠٦ مدنى حيث يتم تحديدها وقت تكوين العقد، هذا من ناحية ومن ناحية ثانية إنه متى أبدى الغير رغبته فى التمسك بأحكام الصورية فإنه يفترض وجود مصلحة له بعكس الحال بالنسبة لحكم المادة ١٠٦ مدنى حيث إن تحديد مدى توافر هذه المصلحة من عدمه يخضع لضوابط محددة.

ومن المعلوم أن الأصيل هو دائن للوكيل المسخر بمقتضى عقد الوكالة المبرم بينهما والتي تلزمه بأن ينقل آثار التصرف الذى يبرمه مع الغير إلى ذمة الأصيل، ولذلك فإن القانون قد أعطاه حق إلزامه بتقديم حساب عن وكالته بواسطة دعوى الوكالة المباشرة وذلك طبقاً لأحكام الوكالة العادية بالنسبة للعلاقة بين الموكل والوكيل، وهى التى تطبق على الموكل والوكيل الذى لم يكن إلا كسائر الوكلاء، وما دام الأصيل هو دائناً للوكيل المسخر فله إذاً أن يستعمل باسمه حقوقه ودعاويه إعمالاً لحكم المادة ٢٣٦ من القانون المدنى وخاصة الدعاوى التى اكتسبها الوكيل المسخر ضد الغير نتيجة تنفيذ عقد الوكالة والقانون الرومانى قد أجاز للأصيل أن يستعمل ضد الغير جميع الدعاوى التى اكتسبها الوكيل بصفته هذه، غير أن الأصيل يستعملها لا بصفته الشخصية -لأنه لم تكن هناك علاقة مباشرة بينه وبين الغير- بل يستعملها بصفته دائناً للوكيل المسخر وللأصيل أن يستعمل جميع حقوق مدينه وهو الوكيل المسخر فى علاقته بالغير، وذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة ذلك لمطالبة الغير بحقوق مدينه.

وعلى ذلك فإن الغير يستطيع أن يدفع الدعوى فى مواجهة الأصيل بجميع الدفوع التى كان له أن يستعملها فى مواجهة المدين (الوكيل المسخر) فله أن يتمسك بجميع أسباب انقضاء الدين كالوفاء والتجديد والإنابة واتحاد الذمة والإبراء والمقاصة والتقادم سواء كان سبب الانقضاء سابقاً على رفع الدعوى أو تالياً له، كما يجوز للغير أن يتمسك فى مواجهة الأصيل بجميع أوجه البطلان الذى كان يتمسك بها فى مواجهة الوكيل المسخر، ويجوز له أيضاً أن يتمسك فى مواجهة الأصيل بإجازة المدين للعقد القابل للبطلان كما كان بإمكانه ذلك فى مواجهة المدين نفسه.

وإذا كان الحق المرفوع به الدعوى غير المباشرة هو حق الوكيل المسخر -المشترى- فله أخذ المبيع ولم يكن الثمن قد تم دفعه، فإن الأصيل عندما يستعمل هذا الحق يجوز أن يواجهه الغير بوجوب دفع الثمن.

والجدير بالذكر أن الموكل إذا لم يستطيع الرجوع مباشرة بالثمن على المشترى -فى حالة بيع الوكيل المسخر منزلاً مثلاً فإنه بموجب الدعوى غير

المباشرة يستطيع استعمال حق مدينة وهو الوكيل المسخر- ومن ثم يستطيع الرجوع مباشرة بالثمن على المشترى عندما ينتقل إلى الوكيل المسخر حقه قبل المشترى أو عندما يحل الموكل محل الوكيل المسخر فى هذا الحق وذلك دون الإخلال بحقوق الغير حسن النية.

ومن جهة أخرى لا تنصرف إلى الموكل الالتزامات الناشئة من تعاقد الوكيل المسخر مع الغير ويجوز فقط للغير أن يرجع على الموكل بالدعوى غير المباشرة باستعمال حق مدينة وهو الوكيل[1] وقد نصت المادة ٢/١٧٠٥ من التقنين المدنى الإيطالى بأن «لا يكون للغير علاقة بالموكل ومع ذلك يجوز للموكل بحلوله محل الوكيل أن يستعمل الحقوق الناشئة عن تنفيذ الوكالة دون أن يخل ذلك بالحقوق المخولة للوكيل بموجب نصوص المواد الآتية...».

ويجوز للغير الرجوع بدعوى مباشرة على الموكل عند حلول هذا الأخير محل الوكيل أو حتى قبل هذا الحلول ويكون بمقدار ما عاد على الموكل من فائدة بموجب قواعد الإثراء بلا سبب، ولما كانت الالتزامات لا تنصرف إلى الموكل - كما سبق الإشارة- فإنه لا يجوز للموكل التمسك قبل الغير بمجاوزة الوكيل حدود الوكالة كما لا يجوز له الاعتراض على الحكم الصادر ضد الوكيل لمصلحة الغير اعتراض الخارج عن الخصومة، وذلك لأن تصرف الوكيل لا يلزمه فليست له مصلحة لا فى التمسك بمجاوزه حدود الوكالة ولا فى الاعتراض على الحكم الصادر ضد الوكيل[2].

ويحق للأصيل الحلول محل الوكيل المسخر فى حقوق الأخير لدى الغير، وذلك لأن العلاقة بين الأصيل والوكيل المسخر هى علاقة وكالة كما سبق القول، ومن المعلوم أن عقد الوكالة هو عقد غير لازم، ومن ثم فإن للأصيل أن ينهى الوكالة بعزل الوكيل وأن يحل محله كما هو الشأن فى الوكالة العادية إعمالاً لحكم المادة ٧١٥ من القانون المدنى ومتى عزله وأخطره بذلك فإن الوكيل المسخر لا يستطيع بعد ذلك أن يستمر فى مباشرة السلطات الممنوحة له بمقتضى عقد الوكالة

1) Bedryet Fall: emmatiére de prowration Al, 897. P. 475.
2) Planiol et Robecr et saveni 11 Al, 1508, P, 962.

وإلا كان مسئولاً كما أن الغير لا يستطيع أن يتعامل مع الوكيل بعد علمه بعزله وإلا فإن التصرف الذى يبرمه معه بعد علمه بعزل الوكيل يكون غير نافذ فى حق الأصيل.

وقد تنشأ علاقة مباشرة بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر عن طريق حوالة الحق، وذلك بأن يتنازل له الوكيل المسخر عن جميع حقوقه والتزاماته المترتبة على العقد المبرم مع الغير، وتتم هذه الحوالة دون حاجة إلى رضاء الغير وذلك إعمالاً لحكم المادة ٣٠٣ من القانون المدنى، فضلاً عن أن حقوق الأصيل الناشئة عن عقد الوكالة تعطيه حق إلزام الوكيل المسخر بأن يحل محله فى هذه الحقوق التى له قبل الغير ولكن يجب لكى تكون حوالة الحق نافذة فى مواجهة الغير أن يتخذ الأصيل الإجراءات التى نص عليها القانون فى المادة ٣٠٥ مدنى والتى تنص على أنه «لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها على أن نفاذها قبل الغير بقبول الدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ».

ولما كان الأصيل فى هذه الحالة يعتبر محالاً له فإنه يحل محل المحيل - وهو الوكيل المسخر - فى علاقته بالغير، ومعنى ذلك أنه يتلقى منه الحق كما هو فكما أنه ينتفع بجميع حقوق المحيل فإنه كذلك يتحمل جميع الالتزامات التى كان للغير أن يحتج بها على المحيل وهو الوكيل المسخر.

ولما كانت الرابطة العقدية ملكاً لطرفيها الذين ساهما بإرادتهما معاً فى تشييدها وأن سواهما يعد أجنبياً عن تلك الرابطة، وبالتالى فإنه يمكن لأحد الطرفين التنازل عن صفته العقدية إلى أحد الأغيار إذا كان العقد المطلوب إبرامه لا يقوم على الاعتبار الشخصى أى أن يكون شخص أحد العاقدين محل اعتبار فى التعاقد مثل عقد الإيجار والمزارعة والشركة والوكالة والوديعة والهبة وغيرها من العقود التى تقوم على الاعتبار الشخصى فى التعاقد، ففى غير هذه العقود يستطيع أحد المتعاقدين التنازل عن صفته العقدية إلى الغير، حيث يستطيع الوكيل المسخر باعتباره طرفاً فى هذه الرابطة التنازل عن صفته العقدية إلى الأصيل كما يستطيع المتعاقد مع الوكيل المسخر أن يفعل ذلك أيضاً مع أحد الأغيار.

وعلى ذلك فإنه ليس هناك ما يحول دون اكتساب الأصيل صفة الطرف بالمفهوم المادى أو الموضوعى فى العقد الذى يساهم الوكيل المسخر فى إبرامه مع أحد الأغيار، وذلك من خلال فكرة التنازل عن الصفة العقدية، ومعنى ذلك أن المسألة لا تتعلق -كما يذهب جانب كبير من الفقه والقضاء- بنقل حقوق والتزامات ناتجة عن عقد معين لأن الفرض محل المعالجة أن المتعاقد مع النائب لا يرغب من حيث المبدأ فى التعامل مع الأصيل لاعتبارات معينة، وبالتالى فالمسألة تخضع من حيث المبدأ لفكرة التنازل عن الصفة العقدية فى حد ذاتها ومن ثم يجب توافر ضوابط معينة لقيام الرابطة العقدية بين الأصيل والغير الذى تعاقد مع النائب[1].

ومن أهم هذه الضوابط: أنه يجب أن يتنازل المتعاقد مع الوكيل المسخر عن الاعتبارات التى تحول دون التعاقد مع الأصيل من خلال التنازل عن طلب الإبطال، فهذه الاعتبارات شخصية ومتروك تقديرها له، وقد يرى أن مصلحته تقتضى بقاء العقد قائماً ويتحقق ذلك متى كانت الاعتبارات التى تحول دون تعامله مع الأصيل قد انتهت وفى هذه الحالة، يمكنه التنازل عن دعوى البطلان من خلال التنازل عن الاعتبار الشخصى فى التعاقد، وذلك عن طريق إجازة العقد صراحة أو ضمناً بإبداء رغبته فى قيام الرابطة العقدية مع الأصيل مباشرة ولا يحول دون قيام هذه الرابطة ما ورد بنص المادة ١٠٦ مدنى «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً...» لأن هذا الحكم مقرر لمصلحته، وبالتالى فإنه يصلح لأن يكون محلاً للتنازل الصريح أو الضمنى ومعنى ذلك أن هذا الحكم يكون واجب التطبيق متى كان المتعاقد مع النائب لا يرغب بداية فى التعامل مع الأصيل، ففى هذه الحالة لا يمكن إجباره على قيام هذه الرابطة لما فى ذلك من إهدار للاعتبار الشخصى فى التعاقد والذى يستند إلى مبدأ حرية التعاقد المستمد من مبدأ سلطان الإرادة ونظراً لأن الاعتبار الشخصى يكون خاصاً بالمتعاقد فإنه يجوز له النزول عنه صراحة أو ضمناً وثانى هذه الضوابط يجب على النائب أن يبدى رغبته فى التنازل عن الرابطة العقدية فقد سبق القول بأن بإمكانه تفادى دعوى البطلان وما يترتب عليها من آثار، وذلك عن

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل عبد الواحد -المرجع السابق صـ٢٧١، ٢٧٢.

طريق إبداء رغبته فى انصراف آثار العقد فى ذمته المالية إيجاباً أو سلباً، ومن ثم يجب أن يبدى رغبته فى التنازل عن صفته العقدية إلى الأصيل -صحيح أن قصده قد انصرف منذ البداية نحو التعامل لمصلحة هذا الأخير إلا أنه متى أبدى رغبته فى قيام الرابطة العقدية بينه وبين المتعاقد معه فإنه يصبح طرفاً بالمعنى المـــادى فـــى العقد ويترتب على ذلك انتفاء حكم النيابة فضلاً عن أن التنازل عن الرابطة العقدية يتطلب موافقة المتنازل.

الفرع الثانى
النتائج المترتبة على هذه العلاقة

سبق القول بأن الفقه والقضاء[1] قد أستقر على أنه متى انتفت مصلحة الغير فى تحديد الشخص الذى تتاثر ذمته المالية بآثار العقد فإن الرابطة العقدية تنشأ وبقوة القانون بينه وبين الأصيل مباشرة، وذلك بغض النظر عما إذا كانت النيابة قانونية أو قضائية أو اتفاقية وبغض النظر عما إذا كان عدم إفصاح النائب عن صفته الحقيقية فى التعاقد يرجع إلى تقصير أو إهمال أو تعمد ويكون كل منهما الدائن والمدين فى مواجهة الآخر ومن ثم يمكن لأحدهما الرجوع على الآخر لمطالبته بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن الرابطة العقدية والتى تثقل كاهله، ويصبح النائب أجنبياً عن آثار العقد حتى ولو كانت نيابته شاملة لمرحلة التنفيذ حيث إنه يعد فى هذه الحالة مجرد أمين على حقوق الأصيل أى أن تكون يده عليها يد أمين وليست يد مالك، وبالتالى فالمطالبة توجه باسم الأصيل، إضافة إلى أنه لا يمكنه التصرف فى هذه الحقوق[2] إلا إذا كان سند النيابة يخوله ذلك كما لا يجوز لدائنيه الحجز عليها هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإنه لا يكون ملتزماً بسداد الديون الناتجة عن العقد من ذمته المالية.

ويترتب على قيام الرابطة العقدية بين المتعاقد مع الوكيل المسخر والأصيل انصراف آثارها فى ذمة هذا الأخير، ولكن تاريخ انصراف هذه الآثار يختلف بحسب ما إذا كانت العلاقة التعاقدية قد نشأت بقوة القانون، ويتحقق ذلك متى كان النائب تعاقد باسم الأصيل صراحة أو ضمناً أو تعاقد باسمه الشخصى ولكن الطرف الآخر يعلم -حقيقة أو حكماً- بصفته الحقيقية فى التعاقد وكونه يتعامل نيابة عن شخص محدد أو لم تتوافر لديه منذ البداية مصلحة فى تحديد الشخص الذى تتاثر

---

١) راجع فى ذلك: هامش ١، ٢ صـ٤٤٩، ٤٥٠ من الرسالة.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ جمال مرسى بدر -الرسالة السابقة صـ١٥٨، ١٥٩، دكتور/ عبدالحى حجازى - المرجع السابق، صـ٧٩٨، ٧٩٩، دكتور/ عبد الرزاق السنهورى - نظرية العقد صـ٢٢١ وما بعدها.

ذمته المالية بثمار العقد ففى هاتين الحالتين تنشأ وبقوة القانون الرابطة العقدية بغض النظر عما إذا كانت النيابة قانونية أو قضائية أو اتفاقية، وبغض النظر أيضاً عما إذا كانت مكشوفة أو مستترة مدنية أو تجارية، أو نشأت العلاقة التعاقدية من خلال التنازل عن الصفة العقدية[١].

ففى حالة قيام الرابطة العقدية بقوة القانون فإن آثار الرابطة العقدية تنصرف فى ذمة الأصيل بمجرد الانتهاء من مرحلة تكوين العقد، وبذلك يكون لكل ذى مصلحة التمسك بهذا الحكم، وقد يحدث أن تتعارض المصالح فى هذا الشأن، ويبدو ذلك واضحاً متى تمسك النائب بانصراف آثار العقد فى ذمته المالية، وتمسك الأصيل بوجوب تأثر ذمته المالية بآثار العقد تمشياً مع ما انصرف إليه قصد النائب منذ البداية وقد يتمسك المتعاقد مع النائب بانصرافها فى ذمة هذا الأخير، وفى هذه الحالة يجب تفضيل من يتمسك بنفاذ العقد فى ذمة الأصيل إعمالاً لنصوص المادتين ١٠٥، ١٠٦ من القانون المدنى، ولا يجوز لهذا الأخير التخلص من هذا الحكم بإرادته المنفردة.

وتنصرف آثار الرابطة العقدية فى ذمة الأصيل بمجرد الانتهاء من مرحلة تكوين العقد مباشرة، ويكون هذا الأخير هو المسئول أمام الخزانة العامة فى هذه الحالة حيث يلتزم بدفع رسوم نقل الملكية إضافة إلى إلزام ورثته بسداد ضريبة التركات.

ويترتب على قيام الرابطة العقدية بين الأصيل والغير المتعاقد مع الوكيل المسخر أنه لا يجوز للنائب إنشاء حقوق شخصية أو عينية للغير على ثمار العقد الإيجابية وبالتالى لا يجوز للمتعاقد مع النائب الوفاء لهذا الأخير بحقوق الأصيل.

كما لا يجوز لدائنى النائب الحجز على آثار العقد لأنها لا تعد أحد عناصر ذمته المالية بل تعد كذلك بالنسبة للأصيل، ومن ناحية أخرى إذا قام النائب بالوفاء بأحد الالتزامات الناتجة عن العقد من ذمته المالية فإن هذا الوفاء يخضع لأحكام الوفاء الحاصل من الغير، منها الطعن فيه بالدعوى البوليصية فضلاً عن أنه لا يترتب عليه من حيث المبدأ براءة الذمة.

١) راجع فى ذلك: صـ٥٥٩، ٥٦٠، ٥٦١، ٥٦٢ من الرسالة.

ومعنى ذلك أن النائب ينتهي دوره، ويصبح بالتالى أجنبياً عن ثمار العقد ولا يجوز الرجوع عليه إلا إذا كان ضامناً للأصيل فى تنفيذ التزاماتــه، أو كــان قــد ارتكب خطأ جسيماً، وذلك لا يعدو أن يكون تطبيقاً لقاعدة أن العقد لا ينفع ولا يضر سوى عاقديه لأن جوهر النيابة يكمن فى انصراف آثار العقد الذى يساهم النائب فى تكوينه[1] مع أحد الأغيار فى ذمة الأصيل مباشرة، ولا يحــول دون ذلــك تعامــل النائب مع الغير باسمه حيث إنه يكفى فى هذه الحالة الأخيرة صدور إقــرار مــن النائب يوضح فيه أن العقد قد تم تكوينه مع أحد الأغيار بصفته نائباً عن الأصــيل وهذا الإقرار يحتج به على الغير ويكون له من حيث المبدأ أثر رجعي.

وفى حالة قيام الرابطة العقدية بين الأصيل والغير المتعاقــد مــع الوكيــل المسخر من خلال فكرة التنازل عن الصفة العقدية يكتــسب الأصــيل الحقــوق والالتزامات الناشئة عن تلك الرابطة منذ توافر ضوابط نقل الصفة العقديــة علــى النحو الذى سبق بيانه[2]، وعلى ذلك فالنائب يعتبر مالكاً للحقوق قبل تاريخ التنازل عن الصفة العقدية[3]، وبالتالى إذا كان قد تصرف فيها فالتصرف يكون صــحيحاً، ومعنى ذلك أن هذه التصرفات لا تخضع للأحكام الخاصة بالتصرف فى ملك الغير أو تلك التى تصدر من المالك التى تزول ملكيته بأثر رجعى إضافة إلى أن جميــع الحجوز التى تقع من دائنيه تنفذ فى مواجهة الأصيل متى كانت ثابتة التاريخ وتنتقل ثمار العقد إلى الأصيل محملة بالحقوق التى تم ترتيبها للغير سواء كانت شخصية أم عينية أصلية أم تبعية وتكون نافذة فى مواجهته.

وإذا كانت النيابة شاملة مرحلة التنفيذ فإن النائب يصبح منذ تاريخ حــصول التنازل أميناً على حقوق الأصيل، وبالتالى إذا قام بالتصرف فيها فإنه يعد متصرفاً فى ملك الغير وتطبق عليه الأحكام الخاصة بالتصرف فى ملك الغير وإن بددها أو رفض ردها إلى الأصيل فإنه يعد مرتكباً لجريمة تبديد وخيانة الأمانة.

---

١) وفى هذه الحالة تتجرد واقعة إخلال النائب بالتزامه بالإفصاح عن صفته الحقيقية فى التعاقــد مــن أثرها القانونى.

٢) راجع فى ذلك: صــ٥٥٩، ٥٦٠، ٥٦١، ٥٦٢ من الرسالة.

٣) راجع فى هذا المعنى دكتور/ عبدالرزاق السنهورى - الوسيط جــ٧ صــ٨٢٤.

ومما تجدر الإشارة إليه أن قيام الرابطة العقدية بين الأصيل والغير المتعاقد مع الوكيل المسخر، فى هذه الحالة قد يتم الاتفاق عليه صراحة، وقد يستخلص من الظروف والملابسات التى أحاطت بالعقد أثناء مرحلة تنفيذه فمثلاً إذا كان قد أعقبه تكوين الرابطة العقدية تعامل بين المتعاقد مع الوكيل المسخر والأصيل بشأن آثار تلك الرابطة، فذلك يفسر على وجود اتفاق ضمنى على نقل الصفة العقدية، وعلى ذلك إذا تبين للقاضى من خلال وقائع النزاع المطروح أمامه وجود هذا التعامل فإنه يجب أن يصدر حكمه على أساس قيام الرابطة العقدية بين الأصيل والغير المتعاقد مع الوكيل المسخر وإلا اعتبر مخطئاً فى تطبيق القانون مما يخول لصاحب المصلحة الطعن على حكمة بطريق النقض.

بيد أنه يجب أن تكون الظروف قاطعة فى توافر ضوابط قيام الرابطة العقدية على النحو السابق بيانه، وبالتالى إذا كان هناك شك فإنه يفسر وفقاً للأصل العام والقول بخلاف ذلك فيه إهدار لفكرة الاعتبار الشخصى فى التعاقد تلك الفكرة التى دفعت المشرع إلى أن يضع حكماً خاصاً بها بمقتضى نص المادة ١٠٦ من القانون المدنى وبالتطبيق لذلك فإن توجيه مدير عام السلفيات بأحد البنوك أو الشركات الاستثمارية خطاباً إلى الأصيل يتضمن مطالبته بتنفيذ التزاماته الناتجة عن العقد الذى ساهم النائب فى تكوينه دون أن يفصح عن صفته هذه، لا يكفى للقول بقيام هذه الرابطة وبصورة قاطعة بل يجب أن يكون الخطاب موجهاً من خلال صاحب السلطة فى تكوين العلاقات التعاقدية مع الأغيار[1].

وإذا سلمنا بما ذهب إليه جانب من الفقه والقضاء[2] إلى أن أساس قيام الرابطة العقدية بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر التى تتم من خلال فكرة الوكالة بالتسخير هو خضوع هذه العلاقة لأحكام الصورية النسبية التى ترد على الاسم، وأنه نظراً لأن المتعاقد لا يعلم -حقيقة أو حكماً- بفكرة التسخير فإنه يعد فى

---

١) هذا المثال أورده الأستاذ الدكتور/ فيصل عبد الواحد -المرجع السابق-صـ٢٨٠.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ جمال مرسى بدر - الرسالة السابقة صـ١٥٨، ١٥٩، دكتور/ حمدى عبد الرحمن - المرجع السابق صـ١٧٠، دكتور/ عبد الحى حجازى - المرجع السابق صـ٧٩٨، ٧٩٩، دكتور/ عبد الرزاق السنهورى - نظرية العقد صـ٢٢١ وما بعدها، ومن أحكام القضاء: نقض مدنى ١٩٨٩/٥/٣١ مشار إليه سابقاً، ١٩٩٣/٥/٣ مشار إليه سابقاً.

هذه الحالة حسن النية وبالتالي يمكنه الرجوع على الموكل مباشرة تطبيقاً لقواعد الصورية التي تخوله حق التمسك بالعقد الصوري أو الحقيقي حسبما تقتضيه مصلحته الشخصية فإنه يترتب على ذلك نتائج سلبية خطيرة، لأن الفرض محور المعالجة أن النائب لم يفصح -صراحة أو ضمناً- عن حقيقة صفته في التعاقد وكونه يتعامل نيابة عن شخص محدد وأن الغير قد تعاقد معه في ضوء الصفة المستفادة من معطيات التعبير، ومما لا شك فيه أن خضوع هذه العلاقة لأحكام الصورية كما يذهب إلى ذلك أنصار هذا الاتجاه يترتب عليه نتائج سلبية نوجزها فيما يلي:

أولاً: أنه في الفرض الذي يستوي فيه لدى المتعاقد مع الوكيل المسخر أن يتعاقد مع هذا الأخير أو مع الأصيل، إذا لم يكن جهلة بوكالة الوكيل المسخر نتيجة تقصير منه – أي لا يمكن نسبة العلم الحكمي أو الفعلي بها إليه – فإن تطبيق قواعد الصورية يؤدي إلى القول بأن مثل هذا المتعاقد يكون حسن النية الأمر الذي يعطيه الحق في الخيرة ما بين التمسك بأي من العقدين: الحقيقي (أي عقد الوكالة) فيرجع على الموكل، أو العقد الصوري (الذي بينه وبين المسخر) فيرجع على الوكيل وذلك وفق ما تقتضيه مصلحته الشخصية.

ثانياً: أن هذه النتيجة تعد غير مقبولة بالمرة ولا يمكن التسليم بها، ذلك لأن المشرع قد نص في المادة ١٠٦ مدني صراحة على أنه متى كان يستوي لدى المتعاقد مع الوكيل المسخر التعاقد مع النائب أو الأصيل، فإن آثار العلاقة التعاقدية تنصرف وبقوة القانون في ذمة كل من الموكل والمتعاقد مع الوكيل المسخر، وذلك بغض النظر عما إذا كان حسن النية أم ليس كذلك، وكذلك دون الاعتداد بما إذا كان من الممكن نسبة العلم الحكمي بالوكالة إليه من عدمه، وعلى هذا النحو فإن تطبيق أحكام الصورية في دائرة الفرض المتقدم ذكره يؤدي إلى إهدار قيمة ما نص عليه المشرع صراحة في المادة ١٠٦ مدني وبالتالي إهدار المركز القانوني الذي وضع المشرع الموكل فيه، فضلاً عن تقرير أولوية للمتعاقد مع الوكيل المسخر بموجب حق الخيرة، وكل هذا دون مقتضى أو سند من القانون أو العدالة، كذلك لا يمكن الاحتجاج بما قضت به محكمة النقض الفرنسية بأنه «يجوز تطبيق قواعد الصورية

بطريق التستر، فيجوز للغير إذا كان لا يعلم بالتسخير وقت التعاقد مع المسخر ثم علم به بعد ذلك، أن يطعن فيه بالصورية فيكشف بذلك عن الحقيقة ومؤداها أن المسخر ليس إلا وكيلاً عن الأصيل المستتر»[١]. وسانده جانب من الفقه الفرنسي، ذلك لأن التشريع الفرنسي لا يتضمن حكماً مماثل للحكم الوارد في نص المادة ١٠٦ مدني مصري.

ثالثاً: أنه في الفرض الذي يكون فيه المتعاقد مع الوكيل المسخر قد قصد التعاقد مع هذا الأخير، أي توافر لديه الاعتبار الشخصي، فإنه يمكنه وفقاً لما تنص عليه المادة ١٢٠ من القانون المدني أن يطلب إبطال العقد للغلط، فضلاً عن إلزام الوكيل المسخر بالتعويض عن الإضرار التي لحقت به نتيجة لذلك وذلك وفقاً للقواعد العامة في المسئولية التقصيرية (المادة ١٦٣ مدني) إلا أن تطبيق أحكام الصورية على الوكالة بالتسخير سيحول دون تحقيق ذلك، وسيؤدي ذلك إلى حرمان المتعاقد مع الوكيل المسخر من الحماية التي قررها له القانون وبالتالي اهدار مركزه القانوني، إذ لن يكون له سوى حق الخيرة بين العقدين: الحقيقي فتقوم العلاقة بينه وبين الموكل، أو الصوري فيرجع على الوكيل ولكن في كلتا الحالتين سيكون ذلك وفقاً لقواعد المسئولية العقدية مما يشكل جبراً على الاستمرار في علاقة تعاقدية أما مع من لم يرد التعاقد معه أصلاً وهو الموكل أو مع من لم يكن أميناً وصادقاً في التعبير الصادر منه بحيث لم يفصح صراحة أو ضمنا عن حقيقة صفته في التعاقد وهو الوكيل المسخر، وهو الأمر الذي يتنافى وموجبات حسن النية في التعاقد، مما يعد معه اهداراً لمبدأ حرية التعاقد المنبثق من مبدأ سلطان الإرادة وهو بالقطع لم يرده المشرع.

وعلى ذلك فإن تطبيق أحكام وقواعد الصورية في مجال الوكالة بالتسخير سيؤدي إلى اهدار قيمة نص المادة ١٠٦، ١٢٠ مدني، وسيقضي على المركز القانوني لكل من الموكل والمتعاقد مع الوكيل المسخر في دائرتي الفرضين المتقدم ذكرهما، ولاسيما في دائرة الفرض الثاني إذ أنه ينسف مبدأ حرية التعاقد ومبدأ سلطان الإرادة، وكما أنه في الفرض الأول يقضي على التفرقة التي أقامها المشرع

---

(١) راجع في ذلك: دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢٤٣ هامش ٤٨١.

على أساس دور الاعتبار الشخصى فى التعاقد، وعلى هذا فإن ضرورة الاستقامة القانونية وإعمال نصوص التشريع كل فى مجاله يقتضى استبعاد قواعد الصورية من مجال الوكالة بالتسخير استبعاداً تاماً ومطلقاً.

الفرع الثالث
رأى الباحث فى هذه المسألة

وبعد أن استعرضت آراء هذا الاتجاه فأننى لا اتفق مع ما يذهب إليه أنصار هذا الاتجاه على قيام الرابطة العقدية بين الموكل والغير المتعاقد مع الوكيل المسخر، الذى يشارك فى إبرامها مع الوكيل المسخر إذا ما توافرت واقعة العلم الحكمى بصفة هذا الأخير الحقيقية فى التعاقد، كما أننى اختلف مع ما يذهب إليه جانب منهم إلى أن هذه المسألة تعالج من خلال أحكام الصورية، وما يذهب إليه البعض الآخر إلى أن حكم نص المادة ١٠٦ مدنى لا يعدو أن يكون تطبيقاً لأحكام الصورية، لأن وجهة نظرهما لا تتفق وحقيقة قصد المشرع والذى من أجله وضع نص المادة ١٠٦ مدنى، وإذا ما سلمنا بأن هناك تشابه بين الوكالة بالتسخير والصورية من خلال استعارة الاسم ينصب على الصفة فى التعاقد، أى بأن كل من الوكيل المسخر وصاحب الاسم المستعار يعتبر من الناحية الشكلية طرفاً متعاقداً لحسابه، إلا أنه يوجد بينهما نقاط تماس يتعين التوقف عندها والتأمل فيها حتى يتضح لنا مدى الاختلاف الجذرى بين النظامين وهذه النقاط هى:

أولاً: مدى توافر الاعتبار الشخصى فى التعاقد فى كل من الصورية بالتسخير والوكالة بالتسخير ففى مجال الصورية بالتسخير يكون الغرض منها أن يتغلب مستعير الاسم على مانع قانونى أو أدبى يحول دون ظهوره بمظهر المتعاقد الحقيقى أمام القانون فى الفرض الأول، أو أمام طائفة الأغيار عموماً فى الفرض الثانى، ولكن دائماً وأبداً فإنه لا يوجد اعتبار شخصى يحول دون تعاقده مع المتعاقد مع المعير اسمه، سواء كان العقد اللذان يريدان إبرامه من العقود التى يكون للاعتبار الشخصى فيها أهمية كبيرة مثل عقد الإيجار أو القرض أو العمل أو العارية[١] أم أنه ليس كذلك، إذ أن الصورية بالتسخير تكون وليدة اتفاق وتدبير بين أطرافها الثلاثة: معير الاسم والمستعير للاسم والمتعاقد معهما[٢]، فى حين أنه فى

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ سمير إسماعيل – الرسالة السابقة صـ١٧٢.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢٤٨.

مجال الوكالة بالتسخير فكما قد يكون الغرض منها التغلب على مانع قانونى أو أدبى بين الموكل وطائفة الأغيار مثل حالة الشراء بطريق المزاد العلنى، إلا أنه فى الغالب الأعم يكون هناك مانع أو اعتبار أدبى يحول دون اتمام التعاقد بين الموكل وبين المتعاقد مع الوكيل المسخر مباشرة أو من خلال فكرة الوكالة الظاهرة مثال ذلك وجود خلافات عائلية أو شخصية بينهما أو ضعف المركز المالى للموكل، كما أن لوجود مثل هذا الاعتبار الشخصى لدى المتعاقد مع الوكيل المسخر أثراً قانونياً هاماً وذلك فى ضوء ما قرره المشرع فى المادة ١٠٦ مدنى، حيث ميز بين فرضين: أولهما – إذا كان يستوى لدى المتعاقد مع الوكيل المسخر التعاقد مع هذا الأخير أو مع الأصيل، وعندئذ يكون الاعتبار الشخصى مفقوداً، ويكون أثر ذلك هو انصراف آثار التصرف إلى ذمة الأصيل ويكون الوكيل أجنبياً عنه. ثانيهما – إذا كان المتعاقد مع الوكيل المسخر قد عول على صفة هذا الأخير المستفادة من التعبير عن الإرادة الصادرة منه، والذى لم يتضمن بياناً بحقيقة صفته فى التعاقد وعندئذ يكون الاعتبار الشخصى موجوداً ويكون أثر ذلك انصراف آثار التصرف إلى ذمة الوكيل المسخر – بحسب الأصل – ويكون الموكل أجنبياً عنه، وعلى هذا النحو فإن للاعتبار الشخصى دوراً هاماً فى مجال الوكالة بالتسخير فى حين أنه لا يكون له وجود بين أطراف الصورية بالتسخير.

ثانياً: تحديد معنى الغيرية فى كل من الصورية بالتسخير والوكالة بالتسخير.

تختلف الغيرية باختلاف الوضع القانونى الذى تواجهه[1]، ففى الصورية عموماً فإن أساس تحديد من يعتبر من الغير يدور حول أن ضرورة استقرار المعاملات واعتبارات العدالة تستدعى حماية كل من عول على العقد الصورى واطمأن إليه معتقداً بحسن نية جديته، وهذا ينصرف بالضرورة إلى دائنى المتعاقدين وخلفهم الخاص[2] على أن ينصرف لفظ المتعاقدين فى مجال الصورية بالتسخير إلى

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهورى – الوسيط فى شرح القانون المدنى – جـ٢ المجلد الثانى – الطبعة الثانية صـ١٤١٢.

٢) وإن كان هناك اتجاه آخر فى الفقه تؤيده محكمة النقض يرى أنه يقصد بالغير فضلاً عمن تقدم ذكرهما كل من لم يكن طرفاً فى العقد أو خلفاً عاماً لأحد طرفيه متى كانت له مصلحة فى الطعن بالصورية. راجع فى ذلك: المستشار/ عز الدين الدناصورى والدكتور/ عبد الحميد الشواربى – الصورية فى ضوء الفقه والقضاء – الطبعة الثالثة صـ١٠٣، ١٠٤، ١١٠.

أطرافها الثلاثة: معير الاسم والمستعير له والمتعاقد معهما، هذا فى حين أنـــه فـــى مجال الوكالة بالتسخير فإن أساس تحديد من يعتبر من الغير يدور حول أن ضرورة استقرار المعاملات واعتبارات العدالة تستدعى حماية من وجه إليه التعبيـــر عـــن الإرادة الصادر عن الوكيل المسخر والذى لم يتمضن وعن عمد منه بيانـــاً لـــصفته الحقيقية فى التعاقد وكونه لا يتعاقد لحساب نفسه وإنما لحساب شخص آخر معـــين وهو الموكل، مما يدفع الذى وجه إليه هذا التعبير إلى الاعتقاد بحسن النية فـــى أن صاحب هذا التعبير وهو الوكيل المسخر إنما يتعاقد لحسابه الشخصى، كما أن لفـــظ «الغير» ينصرف بالتالى إلى دائنى الموجه إليه التعبير عن الإرادة الـــصادر مـــن الوكيل المسخر وخلفه الخاص. وتجدر الإشارة إلى أن اتفاق التسخير بين الموكـــل والوكيل المسخر كما قد يرد على عملية قانونية واحدة (بيع – شراء)، فإنه قد يـــرد كذلك على القيام بأكثر من عملية قانونية مثل أن يسخر الموكل الوكيل لعمل عقـــد شركة يدون أن يبرز وكالته ولم يعلم بها المتعاقدون معه أى الشركاء، فهنا يكـــون هؤلاء الأخيرين وغيرهم ممن يتعامل مع الوكيل المسخر باعتباره شريكاً يتعامـــل لحسابه الشخصى من طائفة الأغيار[1]. وعلى هذا النحو فإنه فى حالـــة الـــصورية بالتسخير فإن المتعاقد مع معير الاسم لا يدخل ضمن طائفة الأغيار، فى حين أنـــه فى حالة الوكالة بالتسخير فإن المتعاقد مع الوكيل المسخر يدخل فى طائفة الأغيار.

ثالثاً: مجال العلم الحكمى وحسن النية فى كل مـــن الـــصورية بالتـــسخير والوكالة بالتسخير فى مجال الصورية خول المشرع بموجب المـــادة ٢٤٤ مـــدنى للغير الحق فى أن يتمسك بأى من العقد الحقيقى أو العقد الصورى وفق ما تقتضيه مصلحته الشخصية، بشرط أن يتوافر لديه حسن النية، وبالرغم من أن هذا الأخيـــر يعد من الأمور النفسية الداخلية للشخص لتعلقه بالقصد[2]، الأمر الـــذى يـــستتبع أن يقاس بمعيار شخصى وليس موضوعى، إلا أن الفقه والقضاء قد استقرا على قرينة موضوعية قاطعة لا تقبل إثبات العكس – مؤداها أن العلم الفعلى بالـــصورية هـــو

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـــ٢١٨.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـــ١٥٦.

دليل سوء النية[١] على أن تكون العبرة فى ذلك هى بوقت إبرام هذا الغير لتعاقده. وعلى هذا النحو فإن حسن النية فى نطاق الصورية[٢] بالتسخير يعنى عدم علم الغير علماً فعلياً وقت تعامله بصورية العقد الظاهر بين معير الاسم والمتعاقد معه بل اعتقد أنه عقد جدى وأطمأن إليه وبنى عليه تعامله.

ولما كان مدلول العلم الحكمى بأمر من الأمور يعنى الجهل فى الحقيقية بهذا الأمر بالرغم من توافر الظروف والملابسات الموضوعية والتى من شأنها إذا ما وضع فيها الرجل العادى أن يعلم بهذا الأمر، فإنه فى محيط الصورية لا يكون هناك أى مجال للحديث عن مسألة العلم الحكمى بها[٣]، إذ أن مناط الأمر حسن أو سوء نية الغير والذى يستفاد من علمه الفعلى أو عدمه بالصورية أثناء تعاقده.

بينما فى مجال الوكالة بالتسخير فإن البحث لا يدور بالمرة حول مدى توافر حسن النية أو عدم توافره لدى المتعاقد مع الوكيل المسخر، لأن مناط الاهتمام هو معرفة ما إذا كان قد علم علماً فعلياً بحقيقة صفة الوكيل المسخر فى التعاقد، وكان علمه هذا بعيدا عن معطيات التعبير عن الإرادة الصادر من هذا الوكيل، فكما تقدم فإننا حكما نكون بصدد وكالة ظاهرة تخضع لنص المادة ١٠٥ مدنى، أما اذا أمكن نسبة العلم الحكمى أو الافتراضى بحقيقة صفة الوكيل المسخر - بمعنى توافر ظروف وملابسات موضعية أحاطت بتكوين العقد تمكن الرجل العادى من العلم بحقيقة صفة الوكيل المسخر وكونه لا يتعاقد لحسابه الشخصى وإنما لحساب شخص محدد غيره (الموكل) - إلى جانب المتعاقد معه، فإنه وفقاً لما تقضى به المادة ١٠٦ مدنى فإن آثار العقد تنصرف فى ذمة الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر فى حين أن هذا الأخير يكون أجنبياً عنه، وعلى هذا النحو فإن آليات الصورية تستبعد أن يكون للعلم الحكمى بها مجال فيها، إذ يكون مناط الأمر هو حسن أو سوء نية الغير، بينما فى الوكالة بالتسخير لا تثور مسألة حسن النية أو سوئها، فى حين

---

١) راجع فى ذلك: المستشار/ عز الدين الدناصورى والدكتور/ عبد الحميد الشواربى - المرجع السابق صـ١٠٦.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط فى القانون المدنى جـ٢ المجلد الثانى - الطبعة الثانية صـ١٤٣٠.

٣) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد - المرجع السابق صـ١٥٦، ١٥٧.

يكون للعلم الحكمى بالوكالة بالتسخير من جانب المتعاقد مع الوكيل المسخر أثر هام.

رابعاً: حق الخيرة المقرر فى كل من الصورية بالتسخير والوكالة بالتسخير

لما كان المشرع قد اعطى لدائنى المتعاقدين والخلف الخاص بموجب الفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ مدنى، متى كانوا حسنى النية الحق فى الخيرة بين التمسك بأى من العقدين الحقيقى أو الصورى وفق ما تقتضيه مصلحة كل منهم الشخصية فإن احتمال تعارض مصالحهم يكون أمراً وارداً جداً، فلو افترضنا أن العقد ما بين معير الاسم والمتعاقد معه هو عقد شراء عقار معين فإن مصلحة دائنى معير الاسم تدفعهم إلى التمسك بالعقد الصورى بين معير الاسم والمتعاقد معه فى حين أن مصلحة دائنى مستعير الاسم تكون فى التمسك بالعقد الحقيقى بين مستعير الاسم والمتعاقد مع معير الاسم، فكل من الطائفتين سيسعى إلى ضم العقار لذمة مدينه الضمان العام لهم ولهذا فقد وضع المشرع حلاً لهذا التعارض، بتقديره فى الفقرة الثانية من المادة ٢٤٤ مدنى لأفضلية من يتمسك بالعقد الصورى، وعلى ذلك ففى المثال السابق يفضل دائنو معير الاسم على دائنى مستعير الاسم مراعاة لاستقرار المعاملات، وإن كان هذا يجافى أحياناً اعتبارات العدالة، فى حين أنه فى حالة الوكالة بالتسخير فإن هناك أيضاً حق خيرة يكون مقرراً للمتعاقد مع الوكيل المسخر، متى توافر فى هذا الأخير شرطان: الأول: تعويله على صفة الوكيل المسخر المستخلصة من معطيات تعبيره، بحيث يكون قصد التعاقد مع شخص الوكيل بمعنى توافر الاعتبار الشخصى. الثانى: عدم إمكان نسبة العلم الحكمى بهذه الصفة إليه، ببذله عناية الرجل المعتاد. فإذا ما توافر هذان الشرطان كان للمتعاقد مع الوكيل المسخر الحق فى أن يختار بين أمور ثلاثة: أولها: أن يقبل نفاذ آثار التصرف فى ذمة الوكيل المسخر وفق ما تقضى به صراحة المادة ١٠٦ مدنى. ثانيهما: أن يطلب إبطال العقد للغلط وفقاً للمادة ١٢٠ مدنى مع مطالبة الوكيل المسخر بالتعويض وفقاً لأحكام المادة ١٦٣ مدنى لأنه لم يكن أميناً وصادقاً فى التعبير الصادر منه بشأن بيان صفته الحقيقية فى التعاقد. ثالثهما: التنازل عن الاعتبار الشخصى فى التعاقد الذى يحول دون قيام العلاقة التعاقدية المباشرة بينه

وبين الأصيل، وقد يحدث هذا إذا تحسن المركز المالى لهذا الأخير أو زالت الخلافات العائلية والموانع الأدبية التى كانت تحول دون تعاملهما وذلك طبقاً لما تقضى به ضمناً المادة ١٠٦ مدنى[١].

خامساً: مدى لزوم التعاصر بين التصرفات فى مجال كل من الصورية من خلال استعارة الاسم والوكالة بالتسخير.

من المتفق عليه فقهاً[٢] أنه يشترط لقيام الصورية، وجود تعاصر زمنى بين التصرفين الظاهر الصورى والمستتر الحقيقى، إذا لما كانت الصورية تفترض وتقتضى أن إرادة المتعاقدين لم تنصرف أبداً إلى إبرام الأول فى حين اتجهت جدياً نحو عقد الثانى، فإن لزوم ذلك بالضرورة هو تعاصر التصرفين وإن كان يكفى لتحقق هذا المعاصرة الذهنية، والتى لا ينال منها تحرير الاتفاق المستتر فى وقت لاحق، فى حين أن آليات نظام التعاقد بطريق الوكالة بالتسخير تفترض بالضرورة أن يكون عقد الوكالة بالتسخير بين الموكل والوكيل المسخر سابقاً حتماً وبحكم اللزوم على تعامل هذا الأخير والمتعاقد معه. وعلى هذا النحو فإنه فى حالة الصورية بالتسخير والصورية عموماً يعد التعاصر بين التصرفين الظاهر الصورى والمستتر الحقيقى مفترض لازم وحتمى، فى حين أنه على العكس من ذلك فى مجال الوكالة بالتسخير، إذ أننا لا نكون بصدد تعاصر وإنما تعاقب، إذ يلزم أن يكون اتفاق التسخير سابقاً على التعاقد بين الوكيل المسخر والمتعاقد معه.

سادساً: اختلاف كل من الصورية من خلال استعارة الاسم والوكالة بالتسخير من حيث آثار كل منهما.

تنص المادة ٢٤٥ من القانون المدنى بأنه إذا ما أبرم المتعاقدين عقداً حقيقياً وستروه بعقد ظاهر فإن العقد الذى ينفذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى، فإن ذلك يعنى أنه فى مجال الصورية بالتسخير فإن مستعير الاسم هو الذى تنصرف فى ذمته آثار العقد دائناً ومديناً وليس صاحب الاسم المستعار أو المسخر وذلك باعتبار أن الأول هو المتعاقد الحقيقى فى حين أن الثانى هو مجرد

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢٢٢.

٢) راجع فى ذلك: المستشار/ عز الدين الدناصورى والدكتور/ عبد الحميد الشواربى – المرجع السابق صـ١٧، ١٨، ١٩، دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢٥١.

متعاقد صوري، فلا يحق له أن يطالب بالحقوق الناشئة عن العقد والـذي انحـسر دوره فيه على إجراء مادى محض هو التوقيع باسمه على العقـد، كمـا لا يجـوز توجيه المطالبة بالالتزامات الناشئة عن التصرف إليه، فى حين أنه فى مجال الوكالة بالتسخير فإن الآثار المتولدة عن العلاقة العقدية التى يشارك في إبرامهـا الوكيـل المسخر يتسلمها الأخير حيث يحتفظ بها لديه على سبيل الأمانة ويكـون الأصـيل والغير المتعاقد الدائن والمدين للآخر بالحقوق والالتزامات المتولدة عـن تعاقـدهما وذلك وفقاً لما نص عليه المشرع صراحة فى المادة ١٠٦ مـن القـانون المـدنى، وجدير بالذكر أن هذا لا ينفى بطبيعة الحال التزام الوكيل المـسخر بنقـل الآثـار المترتبة على التعاقد الذى أبرمه من حقوق والتزامات إلى الموكل، وذلك نفاذاً لعقد الوكالة المبرم بينهما ولكن هذه الآثار قبل ذلك تكون في يده على سبيل الأمانة فإذا ما تصرف فيها بأى وجه من أوجه التصرفات سئل عن التصرف فى ملك الغيـر، وإذا بددها سئل عن جريمة تبديد طبقاً لأحكام المـادة ٣٤١ عقوبـات وإذا رفـض تسليمها إلى الموكل سئل عن جريمة خيانة الأمانة إعمالاً لأحكام المادة ٣٣٦ مـن قانون العقوبات، طالما اعترفنا بأن الوكيل المسخر أصبح طرف تعاقدى بـالمفهوم الشكلى وأنه يتلقى آثار العقد ويحتفظ بها في يده على سبيل الأمانة، وهذا ما يميـز الوكيل المسخر عن الوكيل فى الوكالة المكشوفة أو الظاهرة إذ لا تنصرف الآثـار المترتبة على التصرف الذى يبرمه فى ذمته وإنما لحساب الموكل مباشرة.

وخلاصة ما تقدم فإن للاختلاف بين نظامى الصورية بالتـسخير والوكالـة بالتسخير وجوه ثلاثة: أولها من جهة المفهوم القانونى الخاص والمحدد لكل منهمـا وثانيها من جهة الأحكام التشريعية المنظمة لهما وثالثها من جهة آثارهما.

ولقد تبنت محكمة النقض المصرية فى قضاء مستقر[1] لـديها القـول بـأن «.... الوكالة بالتسخير ليست إلا تطبيقاً لقواعد الصورية....».

وأقدم مثالين من قضاء النقض المتقدم أرى أنهما بمثابة نموذجين يوضـحان مدى خطأ المسلك الذى انتهجته محكمة النقض، فالأول يتعلق فـى حقيقتـه وفـق

---

١) راجع فى ذلك: نقض مدنى جلسة ١٩٨٥/١/١٦ الطعن رقم ٧٣٢ لسنة ٥٤ق، الطعن رقم ١٦٥٠ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٨٦/١١/٢٠، الطعن رقم ١١٥٥ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٩/٥/٣١، الطعنان رقما ٢٤٣٧، ٢٤٦٦ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٣/٥/٣.

صحيح القانون بصورية بالتسخير إلا أن محكمة النقض طبقت عليه قواعد الوكالة بالتسخير، في حين أن الثاني يتعلق بوكالة بالتسخير إلا أن محكمة النقض طبقت عليه أحكام الصورية وذلك على النحو التالي:

المثال الأول[1]:

النزاع يتعلق بشقة اشتراها الطاعن ودفع ثمنها، مستعيراً اسم المطعون ضدها الأولى- وهي ابنة زوجته التي قام بتربيتها- وما دفعه إلى هذا هو رغبته في التهرب من الديون المستحقة عليه والخشية من قيام دائنيه بالحجز على الشقة المشتراه لو علموا بملكيته لها، فآثر أن يستر هذه الملكية واكتفى بالإقامة الفعلية في هذه الشقة والانتفاع بها باعتباره المالك الحقيقي لها، وإن كانت علاقته بصاحبه الاسم المستعار حالت دون حصوله على دليل كتابي يثبت حقيقة الأمر بينهما.

وقد طبقت محكمة النقض على هذا النزاع المادتين ٧١٣، ١٠٦ مدني باعتبار الأمر من قبيل الوكالة بالتسخير والتي هي أحد تطبيقات الصورية في نظر المحكمة، وعليه قضت بأن «حكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التي ترتبها الوكالة السافرة فينصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل وإلى من يتعاقد مع الوكيل المسخر».

وواقع الأمر أنه لما كان الثابت أن الطاعن هو الذي قام بدفع جزء من الثمن، كما أنه هو المدين بباقي الثمن للبائع، فإنه يستفاد من ذلك أنه هو المتعاقد الحقيقي وأن توقيع المطعون ضدها الأولى (ابنه زوجته) على العقد هو محض عمل مادي، إذ لم تساهم بإرادتها بحال من الأحوال في إبرام العقد مما ينفي أننا بصدد وكالة ويعني أننا في حقيقة الأمر بصدد صورية بالتسخير، أي صورية من خلال استعارة الاسم، وهي الصورة الثالثة من صور الصورية النسبية مما يعني أن ما يسري فيما بين المتعاقدين مستعير الاسم (الطاعن) ومعيرة الاسم (صاحبة الاسم المستعار وهي المطعون ضدها الأولى) والبائع وخلفهم العام هو العقد الحقيقي إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة إذ هو العقد الذي أراده الأطراف وليس العقد الصوري وذلك نفاذاً لما تقضي به المادة ٢٤٥ مدني، وعلى هذا النحو تكون النتيجة التي

---

١) ويتعلق بالحكم الصادر بجلسة ١٩٨٥/١/١٦ سابق الإشارة إليه.

انتهت إليها محكمة النقض صحيحة من اعتبار الطاعن هو المالك الحقيقي للشقة المشتراه ولكن ليس باعتباره موكلاً كما رأت المحكمة تطبيقاً للمادتين ٧١٣، ١٠٦ مدني وإنما باعتباره المتعاقد الحقيقي تطبيقاً للمادة ٢٤٥ مدني.

المثال الثاني[1]:

وموضوع هذا النزاع أن الطاعن وأثناء فترة عمله بخارج البلاد كلف زوجته بشراء شهادات إدخار وأرسل لها بالفعل ثمنها، وقد قامت الزوجة بشراء هذه الشهادات ولكن نظراً لغياب الزوج لسفره ولعدم وجود سند وكالة منه لزوجته، فقد اضطرت هذه الأخيرة إلى شراء الشهادات باسمها الشخصي إلا أنه بعد عودة الزوج من الخارج ووفاة زوجته رفض البنك صرف قيمة الشهادات للزوج باعتبارها تركة زوجته فقام الزوج برفع دعواه مطالباً بنقل ملكية الشهادات من اسم زوجته إلى اسمه، وقد قضت محكمة النقض بأن «... الوكالة بالتسخير - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تفترض أن يعمل الوكيل باسمه الشخصي وإن كان يعمل لحساب الموكل الذي يكون اسمه مستتراً ويترتب عليها وتطبيقاً لقواعد الصورية التي تستلزم إعمال العقد الحقيقي في العلاقة بين الموكل والوكيل المسخر - إنها تنتج قبل الموكل جميع الآثار القانونية التي ترتبها الوكالة السافرة فينصرف أثر العقد الذي يبرمه الوكيل المسخر إلى كل من الموكل ومن تعاقد مع هذا الوكيل....».

وواقع الأمر أن محكمة النقض قد أصابت في تكييف التصرف الذي قامت به الزوجة من شراء شهادات الإدخار من مال زوجها على أنه من قبيل الوكالة بالتسخير، ولكنها أخطأت في تطبيقها لأحكام الصورية في هذا المجال إضافة إلى أنها كانت في غنى عن ذلك للوصول إلى النتيجة التي انتهت إليها، إذ في ما قرره المشرع في المادة ١٠٦ مدني بشأن الوكالة بالتسخير ما يغطي الفروض التي تثيرها والذي بتطبيقه على موضوع النزاع يؤدي إلى القول بانصراف آثار العلاقة التعاقدية التي ساهمت الزوجة في تكوينها مع البنك في ذمة كل من هذا الأخير والزوج (الموكل) ولكن ليس تطبيقاً لقواعد الصورية واعتماداً على ما تقرره من

---

(١) يتعلق بالحكم الصادر بجلسة ١٩٨٦/١١/٢٠ (مشار إليه سابقاً).

نفاذ العقد الحقيقى فيما بين المتعاقدين، بل اعتماداً على ما تقرره المادة ١٠٦ مدنى من قيام العلاقة بين الموكل والمتعاقد مع الوكيل المسخر طالما كان يستوى عنده التعامل مع الموكل أو الوكيل وهو ما يعد ثابتاً فى حق البنك، إذ لن يختلف الأمر بالنسبة له من أن يكون المشترى هو (أ) أو (ب) من جمهور المتعاملين معه، فما يهم البنك هو توافر الشروط التى يضعها للتعامل مع عملائه والبنك يتطلب الاعتبار الشخصى عادة إذا ما كان بصدد منح ائتمان للعميل وهو ما يعد منتفياً فى الفرض الذى يثيره موضوع النزاع لأن عملية إصدار شهادات الادخار لا يمكن اعتبارها من قبيل عمليات الائتمان.

وبناء عليه وتقييماً لما اتجه إليه قضاء النقض وسانده جانب من الفقه فالرأى عندنا أنه لا يمكن اعتبار الوكالة بالتسخير من قبيل الصورية بالتسخير ولا حتى من قبيل الصورية بالمرة لأنه فضلاً عن أوجه الاختلاف بينهما فإن الصورية عموماً إما أن تكون صورية مطلقة، وهى التى ترد على وجود التصرف ذاته وهو ما لا يمكن التسليم به ولم يقل به أحد، لأن سواء العقد ما بين الموكل والوكيل المسخر أو حتى العقد ما بين هذا الأخير والمتعاقد معه فكلاهما عقد جدى لا يمكن القول بصوريته صورية مطلقة، وإما أن تكون الصورية صورية نسبية، وهى إما تتعلق بنوع العقد فتكون صورية نسبية بطريق التستر وإما أن ترد على ركن أو شرط فى العقد فتكون صورية نسبية بطريق التضاد، وأما إن تتعلق بشخص أحد المتعاقدين فتكون صورية نسبية بطريق التسخير وهى فى الأحوال الثلاثة دائماً وأبداً تتعلق بما هو داخل فى ذاتية العقد نفسه - نوعه أو ركن أو شرط فيه أو شخص أحد المتعاقدين- فما يتعلق بما هو خارج العقد لا يمكن اعتباره من قبيل الصورية لأنه لن يكون محلاً لها.

وبالنسبة للوكالة بالتسخير فالعقد ذاته عقد حقيقى وجدى لا يمكن القول بصوريته أو بصوريه أحد العناصر الداخلة فيه - على فرض توافر الأركان والشروط التى يتطلبها القانون فى أى عقد- وما يتعلق بعدم إعلان الوكيل المسخر عن صفته الحقيقية للمتعاقد معه فهو يعد عنصراً خارجياً عن هذا العقد وإن كان يمثل أحد التزامات الوكيل المسخر إلا أنه لا يمثل فى ذاته عنصراً يشترك فى

تكوين عقد الوكالة، إذ هو أثر من آثاره كما لا يمكن اعتبار العقد ما بين الوكيل المسخر والمتعاقد معه عقد صوري لعدم إعلان الأول للثاني بوكالته في ظل انصراف قصده نحو التعامل لحساب الموكل، لأن المشرع قد نظم في المادتين [illegible] مدني هذه المسألة تنظيماً دقيقاً ووضع الحلول لما تثيره من فروض على نحو يغاير ما وضعه بصدد الصورية، وذلك لإدراكه الخلاف البين بين النظامين ولو كان يريد إخضاع الوكالة بالتسخير لأحكام الصورية لما تردد في النص على ذلك صراحة.

والواقع الأمر أن الوكيل المسخر عندما يتعاقد مع أحد الأغيار فمعنى ذلك أننا نكون بصدد عقدين الأول يتم تكوينه بين الموكل والوكيل، والثاني يتم تشييده بين هذا الأخير والأغيار وأن هذا العقد أو ذاك لا يعتبر أحد تطبيقات الصورية النسبية التي ترد على الاسم كما بدأ لجانب من الفقه والقضاء[1].

وإذا كان هناك تشابه بين الصورية النسبية التي ترد على الاسم والوكالة بالتسخير في أن كلاهما ينصب على الصفة في التعاقد، إلا أنه يوجد بينهما تباين واختلاف كما سبق البيان.

(١) راجع في ذلك: [illegible] هامش ١ ص ٥٠٧ من الرسالة.

المطلب الثالث

وسائل نقل الحقوق والالتزامات إلى الأصيل

عرض وتقسيم:

إذا كان النظام القانونى للوكالة بالتسخير يقوم على أساس أن يتعاقد الوكيل المسخر مع أحد الأغيار باسمه الشخصى على أن يتسلم آثار العقد فى يده على سبيل الأمانة غير أنها لا تستقر بها بل يحتفظ بها لدية لحين نقلها إلى ذمة الأصيل فإن تصرف فيها بأى وجه من أوجه التصرفات سئل عن التصرف فى ملك الغير وإن بددها أو رفض نقلها إلى الأصيل فإنه يسأل عن جريمة تبديد أو خيانة الأمانة وفق التصرف الذى يسلكه تجاه هذه الآثار واحتفاظ الوكيل المسخر بآثار العقد يلزمه بالحفاظ عليها محافظته على أمواله الخاصة لأن يده عليها تكون يد أمين وليست يد مالك، ويلتزم الوكيل المسخر بعد ذلك بنقل هذه الآثار فى ذمه الأصيل لأن التعاقد تم بداية لحسابه وباعتبار أنه الطرف فى الآثار المترتبة على العلاقة التعاقدية فى حين أن الوكيل المسخر يكون طرفاً فى العلاقة التعاقدية.

ذلك لأن الأصيل ما استعان بالوكيل المسخر وسخره فى التصرف المراد إبرامه إلا لإنتاج آثار اقتصادية معينة تدخل فى ذمته المالية لا يستطيع هو بذاته أن يقوم بإبرام هذا التصرف لاعتبارات معينة تحول دون قيامه بهذا التصرف، وبالتالى فإن الغرض من هذا التسخير هو إنتاج آثار اقتصادية تدخل وتستقر فى ذمته المالية والنظام القانونى للوكالة بالتسخير يلزم الوكيل المسخر بأن ينقل آثار العقد - الإيجابية أو السلبية - فى ذمة الأصيل.

وإذا كان الاتجاه الغالب فى الفقه والقضاء يذهب إلى أن ثمار العقد تنصرف فى ذمة النائب (الوكيل المسخر) غير أن الخلاف بينهم ما زال قائماً حول وسيلة نقل الحقوق والالتزامات إلى الأصيل.

ونحن نتفق مع أنصار هذا الاتجاه على التزام الوكيل المسخر بنقل الحقوق والالتزامات الناشئة عن العلاقة التعاقدية إلى الأصيل غير أننا نختلف معهم بشأن الوسائل المقترحة من جانبهم لنقل آثار العلاقة التعاقدية إلى الأصيل.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا المطلب إلى أربعة فروع:

الفرع الأول: الاتجاه القائل بإبرام عقد جديد بين الوكيل المسخر والأصيل.

الفرع الثانى: الاتجاه القائل بأن عقد الوكالة يلزم الوكيل المسخر بنقـل الحقـوق والالتزامات إلى الأصيل.

الفرع الثالث: رأى الباحث فى هذه المسألة.

الفرع الرابع: ضوابط انصراف آثار العقد فى ذمة الأصيل.

الفرع الأول

الاتجاه القائل بإبرام عقد جديد بين الوكيل المسخر والأصيل

إذا كان غالبية الفقه والقضاء قد أضفت على الوكيل المسخر صفة الطرف بالمفهوم المادى أو الموضوعى فى علاقته بالغير المتعاقد معه والذى شارك معه فى إبرام الرابطة العقدية، وبالتالى فإنه يترتب على ذلك انصراف آثار العقد فى ذمته المالية الايجابية منها أو السلبية، والذى يقع على عاتقه بعد ذلك التزام بأن ينقلها إلى ذمة الموكل تنفيذاً لعقد الوكالة المبرم بينهما، بيد أن أنصار هذا الاتجاه قد اختلفوا فيما بينهم بشأن الوسيلة التى يتسنى بمقتضاها نقل هذه الآثار، فذهب فريق منهم[١] إلى القول بأنه طالما أن الوكيل المسخر يعد طرفاً بالمفهوم المادى أو الموضوعى فى العلاقة التعاقدية التى يشارك فى إبرامها مع الغير المتعاقد معه، فإن حكم النيابة وهو انصراف آثار العقد الذى يبرمه النائب فى ذمة الأصيل – يكون منتفياً فى هذه الحالة، وبالتالى فإن وسيلة نقل هذه الآثار من الوكيل المسخر إلى الأصيل تنحصر فى إبرام عقد جديد، ولكن أنصار هذا الاتجاه قد انقسموا إلى فريقين بشأن طبيعة العقد المطلوب إبرامه، فذهب فريق منهم[٢] إلى أن هذا العقد يبرم بين الموكل والوكيل المسخر، فى حين ذهب الفريق الآخر[٣] إلى أن عقد الوكالة يلزم الوكيل المسخر بأن يبرم عقداً مع الموكل أو إحلال هذا الأخير محله فى العقد وذلك بالاتفاق على ذلك مع المتعاقد مع الوكيل المسخر، وعندئذ يكون الاتفاق معدلاً للاتفاق الأول بالنسبة لأحد طرفيه.

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل -المرجع السابق صـ١٤٥، دكتور/ جمال مرسى بدر -الرسالة السابقة صـ١٥٦، ٢٢٨، ٢٢٩، دكتور/ عبد الرزاق السنهورى -المرجع السابق صـ٨٢٩، ٨٣٠، ٨٣١، دكتور/ عبد المنعم فرج الصدة - نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى جـ١ سنة ١٩٩٠ صـ٣٨، ٣٩.

(A) Weill et (F) Terre, op. cit p, 78, No 80; (H.J.F) Mazeud, op, cit, p, 935, No 807, R eq, 10,2, 1936 D, 37, 1, P. 92.

٢) دكتور/ عبد المنعم فرج الصدة -المرجع السابق صـ٣٨، ٣٩.

٣) دكتور/ جمال مرسى بدر -الرسالة السابقة صـ١٥٦، دكتور/ عبد الرزاق السنهورى - المرجع السابق صـ٨٢٩، ٨٣٠، ٨٣١.

وعلى ذلك إذا تعاقد النائب باسمه فلا تكون هناك نيابة وإنما يمكن أن توجد ما يقال له الوكيل المسخر، وهذه هى حالة الوكالة التى يتعاقد فيها الوكيل باسمه ثم ينقل بعد ذلك آثار العقد إلى الموكل بموجب عقد جديد، ففى هذه الحالة تكون الوكالة قاصرة على العلاقة بين الموكل والوكيل فلا يستطيع الموكل سوى الرجوع على الوكيل بموجب عقد الوكالة ولا يستطيع الغير سوى الرجوع على الوكيل الذى تعاقد معه وفى ذلك يقول الأستاذ الدكتور السنهورى «.... القواعد العامة تقضى بأن يلتزم الوكيل أو ورثته من بعده بنقل الحقوق التى كسبها باسمه الشخصى لحساب الموكل إلى هذا الأخير.... ويتم نقل الحقوق بالنسبة إلى الغير إما بعقد جديد يصدر من الوكيل إلى الموكل بنفس مشتملات العقد الأول وشروطه فتنتقل بموجبه الحقوق والالتزامات من ذمة الوكيل إلى ذمة الموكل.... وإما بأن يحل الوكيل الموكل محله فى العقد الذى أبرمه مع الغير، ويشترك الغير فى هذا الإحلال فيصبح الموكل هو الدائن للغير بالحقوق والمدين له بالالتزامات»[١]، ويقول الدكتور/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل فى ذلك أيضاً[٢]، «.... كأن يوكل شخص شخصاً آخر فى إبرام عقد لحسابه دون أن يذكر إسمه فى العقد أى اسم الموكل وإنما يتم التعاقد باسم الوكيل شخصياً الذى يقوم بعد ذلك بإبرام عقد جديد بينه وبين الموكل ينقل إليه آثار العقد الذى أبرمه مع الغير».

وبذلك يكون أنصار هذا الإتجاه قد اتفقوا فيما بينهم على أن عقد الوكالة يلزم الوكيل بإبرام عقد جديد ينقل بموجبه آثار العقد من حقوق والتزامات الذى ساهم فى تكوينه مع الغير إلى ذمة الأصيل، وبالتالى فإن الخلاف بينهم ينحصر فى مدى اشتراط موافقة المتعاقد مع الوكيل المسخر على عملية النقل، فالفريق الأول منهم لم يتطرق إلى هذه المسألة، وهذا يستفاد منه أن هذه الموافقة تكون مجردة فى هذا الشأن من الأثر القانونى[٣].

---

١) دكتور/ عبد الرزاق السنهورى -المرجع السابق صـ٨٣٠، ٨٣١، ٨٣٢.
٢) دكتور/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل -المرجع السابق صـ١٩٢ هامش ٢.
٣) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢٦٤.

والفريق الثانى خول للوكيل المسخر حق الخيرة بين نوعين من الاتفاق واشترط موافقة المتعاقد مع الوكيل المسخر على أحد الاتفاقين.

وفى التعاقد بطريق التسخير فإن المُسخر يتعاقد مع شخص من الأغيار يغلب ألا يكون عالماً بواقعة التسخير، والمسخر هنا يبرم ثلاث تصرفات كل تصرف منها جدى. الأول: عقد وكالة يكون المسخر فيه وكيلاً عن آخر في تصرف يعنيانه فى عقد الوكالة. الثانى: يعقده المسخر مع الغير يبرم فيه هذا التصرف المعين لحساب الموكل ولكن باسمه هو فينصرف أثر التصرف إليه. الثالث: يعقده مع الموكل مرة أخرى ينقل له فيه أثر هذا التصرف الذى سبق أن عقده لحسابه مع الغير.

وإذا ما اشترى الوكيل المسخر فإنه يشترى باسمه هو ما وكل فى شرائه ثم يبيعه بعقد جديد إلى الموكل فيقترن عقد الوكالة فى هذه الحالة بعقدى بيع الأول الذى أبرمه المسخر مع المتعاقد الآخر والثانى هو الذى أبرمه المسخر مع الموكل والذى نقل بموجبه الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الشراء إلى الموكل[1].

ومن المتفق عليه فقهاً وقضاء[2] أنه ما دام عقد التسخير هو عقد وكالة ولكنها وكالة مستترة فإن هذا العقد يرتب فى جانب الوكيل وفى جانب الموكل جميع الالتزامات التى يرتبها عقد الوكالة، ولما كان الوكيل فى هذه العقود وكيلاً مسخراً يعمل باسمه الشخصى وليس اسم موكله وعلى ذلك فإن أهم الالتزامات التى تقع على عاتق الوكيل المسخر هو أن ينقل إلى موكلة جميع الحقوق التى كسبها باسمه الشخصى لحساب موكله وينتقل هذا الالتزام إلى عاتق ورثة الوكيل المسخر بعد وفاته.

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهورى -الوسيط جـ٧ المجلد الأول -العقود الواردة على العمل ١٩٦٤ دار النهضة العربية صـ٣٨٣.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهورى -الوسيط فى شرح القانون المدنى جـ٧ المجلد الأول بند ٣١٠ صـ٦٢١، دكتور/ عبد المنعم فرج الصدة -المرجع السابق صـ٣٨ وما بعدها ومن أحكام القضاء: نقض مدنى جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤ -الطعن رقم ٦٤٨ لسنة ٤٩ق.

كما أنه من المتفق عليه فقهاً وقضاء[١] على أنه متى كان الغير المتعاقد مع النائب يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم أن الوكيل المسخر إنما يتعاقد لحساب الموكل، أو كان يستوى لديه أن يتعامل مع الوكيل المسخر أو مع الأصيل فتطبق أحكام الوكالة النيابية وتنتقل آثار الرابطة العقدية مباشرة إلى الأصيل.

وتنص المادة ٧١٣ من القانون المدنى -فى باب الوكالة- على أنه «تطبق المواد من ١٠٤ إلى ١٠٧ الخاصة بالنيابة فى علاقة الموكل والوكيل....».

وتنص المادة ١٠٥ من القانون المدنى على أنه «إذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل».

كما تنص المادة ١٠٦ من القانون المدنى على أنه «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أن يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب».

وواضح من هذه النصوص القانونية أن المشرع المصرى قد فرق بين الوكالة النيابية والوكالة المستترة - وإن كان قد جعل النتيجة واحدة - فى علاقة الوكيل بالموكل وهى انصراف أثر التعاقد الذى يجرية الوكيل لصالح الموكل الظاهر أو المستتر.

ويقول الأستاذ الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى[٢] فى علاقة الوكيل المسخر بموكلة المستتر أنه «لما كانت العلاقة بين الوكيل المسخر والموكل ينظمها عقد الوكالة العادية فإن هذا العقد يرتب فى جانب الوكيل وفى جانب الموكل جميع الالتزامات التى يرتبها عقد الوكالة فى جانب كل من الاثنين، فيلتزم الوكيل بأن ينفذ الوكالة فى حدودها المرسومة وبالعناية الواجبة كما إذا كانت الوكالة بأجر أو كانت

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ جمال مرسى بدر -الرسالة السابقة صـ١٥٨، ١٥٩، دكتور/ عبد الحسى حجازى -المرجع السابق صـ٧٩٨، ٧٩٩، دكتور/ عبد الرزاق "ـسنهورى -نظرية العقد صـ٢٢١ وما بعدها ومن أحكام القضاء: نقض مدنى جلسة ١٩٩٧/١١/١ -الطعن رقم ٥٥٧٦ لسنة ٥٦ق، الطعن رقم ٨٣٥٧ لسنة ٦٥ق جلسة ٢٠٠٢/٦/١٠.

٢) راجع فى ذلك: الوسيط فى شرح القانون المدنى جـ٧ -المجلد الأول صـ٦٣٧، ٦٣٨.

غير مأجورة ويلتزم بأن يقدم حساباً ويلتزم أخيراً برد ما للموكل تحت يده..... وأن ما يقع فى يد الوكيل للموكل من هذه الوكالة يكون أمانه فى يده، فإذا أخـذه لنفسه يكون مبدداً».

وينتقل التزام الوكيل المسخر بأن ينقل آثار التصرف الذى أبرمه مع الغير إلى ذمة الأصيل إلى ورثته بعد وفاته طبقاً للقواعد العامة حيث يلتزم هو أو ورثته من بعده بنقل الحقوق المتولدة عن التصرف الذى أبرمه باسمه الشخصى لحساب الموكل إلى هذا الأخير.

سبق أن أوضحنا - طبقاً للمستقر عليه فقهاً وقضاء - أنه فى العلاقة بين الوكيل المسخر وورثته من بعده والأصيل فإن الحقوق الناشئة عن عقد الوكالة إنما تكون للموكل وحده وأن هذا الحكم لا يتغير إذا كان العقد تصرفاً فى عقار، وأن تسجيل عقد بيع عقار باسم الوكيل المسخر ينقل الملكية إلى الأصيل المستتر.

ولكن كيف يتسنى الاحتجاج بملكية الأصيل المستتر فى حق غير الوكيل.

لا شك أنه بطول الفترة التى يرى فيها الطرفان - الوكيل المسخر والأصيل- الإبقاء على حالة التستر والاستمرار فى أعمال عقد التسخير أو الوكالة المستترة لا يشكل صعوبة، ولكن بمجرد أن يرى الأصيل أنه لم يعد يخشى الاستمرار فى إخفاء تعاقده أو أن من مصلحته الإعلان عنه لأن الوكيل المسخر لم يعد مثلاً أميناً على حقوقه وكان الأمر متعلقاً بعقار اشتراه وسجله باسم الوكيل المسخر - فإن الفقه والقضاء[1] -مستقران على أن الوكيل المسخر عليه التزام بأن ينقل الحقوق إلى اسم موكله.

وفى ذلك يقول العلامة الأستاذ الدكتور السنهورى «.... إن تسجيل البيع الصادر للوكيل المسخر ينقل الملكية مباشرة من الغير إلى الموكل المستتر فى

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ جمال مرسى بدر -الرسالة السابقة صـ١٥٨، ١٥٩، دكتور/ عبد الحى حجازى -المرجع السابق صـ٧٩٨، ٧٩٩، دكتور/ عبد الرزاق السنهورى -نظرية العقد صـ٢٢١ وما بعدها ومن أحكام القضاء: نقض مدنى جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤ -الطعن رقم ٦٤٨ لسنة ٤٩ق، الطعن رقم ١٢٨٣ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/٦/١٦ (لم ينشر).

العلاقة ما بين الوكيل والموكل، أما بالنسبة للغير فلابد من بيع جديد يصدر من الوكيل إلى الموكل ويسجل....»[١].

وعلى ذلك إذا وكل شخص شخصاً آخر فى إبرام عقد لحسابه دون أن يذكر اسمه فى العقد الذى أبرمه -أى اسم الموكل- وإنما يتم التعاقد باسم الوكيل شخصياً الذى يقوم بعد ذلك بإبرام عقد جديد بينه وبين الموكل ينقل بموجبه إليه آثار العقد الذى أبرمه مع الغير.

ومن الجدير بالذكر أنه لو لجأ الوكيل فى وقت لاحق لانعقاد العقد إلى إظهار صفته فى التعاقد والإعلان عن شخص الأصيل الذى أبرم العقد لحسابه لما ترتب على ذلك تطبيق أحكام النيابة، وهى انصراف آثار التصرف فى ذمة الموكل مباشرة وليس أمام الوكيل فى هذه الحالة إلا أن ينقل آثار تصرفه إلى الموكل بتصرف جديد ينعقد بينه وبين موكله أو بطريق إحلال الموكل محله فى العقد بالاتفاق على ذلك مع المتعاقد الآخر، ويكون هذا الاتفاق معدلاً للعقد الأول بالنسبة لشخصية أحد طرفيه.

وفكرة النيابة تعد منتفية تماماً فى حالة الوكيل المسخر إذ إن الملكية تنتقل أولاً من البائع إلى الوكيل المسخر ثم بمقتضى عقد آخر تنتقل الملكية من هذا الأخير إلى الموكل تنفيذاً لعقد الوكالة فهنا إذاً عقدان لا عقد واحد، وبذلك تستحق الخزانة العامة رسمان عن العقدين حتى لو ردت الملكية إلى الموكل فى ظرف ثلاثة أيام[٢]، ومن المتفق عليه أنه لا يوجد ما يمنع الموكل من أن يطالب بدعوى أصليه وكيلة المسخر الذى صدر حكم لصالحه تنفيذاً لعقد التسخير أن ينقل إليه هذا الحكم ويجوز أيضاً للموكل أن يتدخل فى التوزيع ليحل محل الوكيل المسخر ولكن يجب أن يدخل الوكيل فى الدعوى، ومحصلة القول أن الموكل يستطيع أن يجبر الوكيل قضاءً بنقل الحقوق إليه كما يستطيع أيضاً الوكيل أن يجبر الموكل قضاءً بتحمل الالتزامات الناشئة عن التعاقد عنه، وذلك طبقاً للقواعد العامة ولا يستتبع نقل

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهورى -الوسيط جـ٧ المجلد الأول -هامش صـ٦٤١.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ أحمد مرزوق -الرسالة السابقة -فقرة ١٨٤ .صـ٢٧٤، دكتور/ عبد العزيز المرسى حمود -المرجع السابق صـ٣٠.

الحقوق والالتزامات من الوكيل إلى الموكل أثر رجعى فيعتبر النقل قد تم من وقت حصونه بين الوكيل والموكل لا من وقت تعاقد الوكيل مع الغير، وإذا ما قام الوكيل بنقل الحقوق إلى الموكل فإنه يضمن للموكل تنفيذها أى أنه يضمن يسار الغير لأن المفروض أن الموكل لم يرضى بالغير مديناً بدلاً من الوكيل إلا على هذا الشرط، وإن كان يجوز الاتفاق على خلاف ذلك وعلى ألا يضمن الوكيل للموكل إلا وجود الحق فى ذمة الغير طبقاً للقواعد المقررة فى حوالة الحق ومن جهة أخرى إذا تحمل الموكل بالالتزامات بدلاً من الوكيل فالأصل أن يبقى الوكيل ضامناً للغير يسار الموكل، لأن المفروض هنا أيضاً أن الغير لم يرضى بالموكل مديناً بدلاً من الوكيل إلا على هذا الشرط وإن كان يجوز الاتفاق على خلاف ذلك وعلى ألا يضمن الوكيل للغير إلا يسار الموكل وقت إقرار الغير للحوالة طبقاً للقواعد العامة المقررة فى حوالة الدين.

والواقع أن أنصار هذا الرأى قد استندوا فى ذلك إلى أن الوكيل المسخر عندما يتعاقد مع الغير فإنه يكتسب صفة الطرف بالمفهوم المادى فضلاً عن المفهوم الشكلى، ومن ثم فإنه يكتسب جميع الحقوق ويتحمل بالالتزامات المتولدة عن هذا العقد، وفى هذه الحالة تنصرف جميع ثمار العقد فى ذمته المالية، وأنه نظراً لأن قصده قد انصرف منذ البداية إلى التعاقد لحساب الأصيل فإنه يكون ملتزماً بنقل تلك الآثار إلى ذمة الأصيل وأن الوسيلة لتحقيق ذلك من وجهه نظرهم هى إبرام عقد جديد بينه وبين الموكل ينقل بموجبه الوكيل المسخر ثمار العقد إلى ذمة الأصيل لأن ثمار هذا الأخير قد دخلت ذمته المالية وأن الحقوق والالتزامات لا تنتقل من شخص إلى آخر إلا بموجب التصرفات القانونية المقررة لذلك.

الفرع الثانى

الاتجاه القائل بأن عقد الوكالة يلزم الوكيل المسخر بنقل الحقوق والالتزامات إلى الأصيل

ذهب جانب آخر من الفقه والقضاء[1] إلى أن انتقال الحقوق والالتزامات إلى ذمة الموكل يجب أن يتم بمقتضى عقد الوكالة ذاته دون حاجة إلى إبرام عقد جديد، فالوكالة فى هذا الشأن وإن كانت مجردة من الأثر القانونى فى علاقة الوكيل بالغير فإنها تنتج جميع ثمارها الطبيعية فى العلاقة بين الوكيل والموكل، فالوكيل يصير ملزماً برد آثار العقد الذى ساهم فى تشييده مع الغير إلى الموكل، لأنه يكون فى هذه الحالة شخصاً مسخرا يخفى وراءه حقيقة التعامل وكونه فى الواقع معقوداً لحساب الموكل ويتعين عليه بعد أن يكتسب الحقوق من العقد أن ينقلها إلى الموكل.

وإذا ما تعاقد النائب باسمه هو ولكن لحساب الموكل فنكون بصدد وكالة نيابية فتقتصر الوكالة على علاقة الوكيل بالموكل وتنصرف آثار العقد الذى يبرمة الوكيل إلى نفسه ثم يرجع الموكل على الوكيل بمقتضى عقد الوكالة ويطلق على الوكيل فى هذه الحالة الوكيل المسخر، ويلاحظ فى بعض الأحوال أن الأصيل قد لا

---

١) دكتور/ محمد لبيب شنب - المرجع السابق - صـ٧٧، نقض مدنى ١٩٦٤/١١/٢٦ - مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ صـ١٠٧٣.

(F) Collart Dutilcul, op, cit, p. 497, No, 661.

وقارن نقض مدنى ١٩٤٣/٤/١٥ - المحاماة العدد ٤، ٥، ٦ صـ١٧٠ رقم ٦٢، ٥ مايو ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ صـ١٠١٩، نقض مدنى جلسة ١٩٨٩/٥/٣١ - الطعن رقم ١١٥٥ لسنة ٥٤ق، دكتور/ ثروت حبيب - المرجع السابق صـ١٤٦، دكتور/ حمدى عبد الرحمن - المرجع السابق صـ١٧٠، دكتور/ سليمان مرقص - المرجع السابق صـ٢٣٦، دكتور/ سمير عبد السيد تناغو ودكتور/ نبيل إبراهيم سعد - المرجع السابق صـ١١٩، دكتور/ عبد الحميد محمود البعلى - المرجع السابق صـ٢٠٤، دكتور/ عبد المنعم البدراوى - المرجع السابق صـ١٠٥، دكتور/ عبد الناصر توفيق العطار - المرجع السابق صـ٥٤، دكتور/ محمد حمدى مكى - الرسالة السابقة صـ١٩٥ هامش ١، دكتور/ محمد صبرى السعدى - المرجع السابق صـ١٥٤، دكتور/ محسن عبد الحميد إبراهيم البيه - المرجع السابق صـ١٨٩، ١٩٠، دكتورة/ نجوى فوزى شفيق - الرسالة السابقة صـ١٤٧.

(M) Storck, th prec p, 226. No 303; Cass. civ, 1,11,2,1976, B. civ, No 64, p. 51; scine; 23.1.1959. D. 60, p. 320, No TE Dalsace.

يرغب فى الظهور فى التعامل مع الغير لاعتبارات معينة لذا يتعاقد النائب باسمه هو دون أن يفصح عن اسم الأصيل وبمقتضى عقد الوكالة المبرم بين الوكيل المسخر والأصيل ينقل إليه آثار العقد الذى أبرمه مع الغير.

وعلى ذلك إذا وجدت بين شخصين وكالة وباشر الوكيل العقد دون أن يفصح للطرف الآخر عن حقيقة صفته فى التعاقد لم تكن هناك نيابة ويضاف أثر العقد إلى الوكيل ولكن لما كان الوكيل ملزماً قبل الموكل بمباشرة العقد يستطيع كل منهما أن يرجع على الآخر بمقتضى عقد الوكالة لينقل إليه آثار العقد الذى أبرمه مع الغير.

ويلتزم الوكيل بالعمولة وكذا الوكيل المسخر بنقل الحقوق والالتزامات المتولدة عن العقد المبرم بينه وبين المتعاقد معه بموجب عقد الوكالة إلى الموكل دون حاجة إلى عقد جديد(١).

وفى ذلك يقول الأستاذ الدكتور/ مصطفى محمد الجمال(٢) «..... وما دامت آثار العقد الذى يبرمه الوكيل المسخر تنصرف إليه هو فى علاقته بالغير المتعاقد معه دون الاعتراف للوكالة التى تربط الوكيل المسخر بالأصيل أو الموكل المسخر بأية آثار فى نطاق هذه العلاقة فإن الاسم المستعار أو الوكيل المسخر يظل ملتزماً بهذه الآثار حتى ولو تجاوز حدود وكالته، لذلك فإذا عجز الإسم المستعار عن الوفاء بالتزاماته العقدية قبل المتعاقد معه فإن للغير المتعاقد أن يرجع فى هذه الحالة على الوكيل المسخر بالتعويض طبقاً للقواعد العامة أما الوكيل المسخر فلا يملك من جانبه إلزام الموكل المُسخر بشئ، وذلك فى حدود القدر من الالتزامات التى ترتب على تجاوزه حدود الوكالة، فالعلاقة بينه وبين الوكيل المسخر محكومة أصلاً بما ورد بسند الوكالة....».

١) راجع فى ذلك: دكتور/ محمد حسنى عباس - العقد والإرادة المنفردة ١٩٥٩ - مكتبة النهضة المصرية صـ٢٣٥.

٢) راجع فى ذلك: القانون المدنى فى ثوبه الإسلامى - مصادر الالتزام - الطبعة الأولى هامش صـ٣٢١.

وبناء على ذلك فإن عقد الوكالة المبرم بين الوكيل المسخر والموكل هو الذى يحدد العلاقة بينهما وهو ما يسمى بعقد الوكالة المستتر، ولما كان الوكيل المسخر يتعاقد مع الغير باسمه الشخصى فتنتقل إليه الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد فإن عقد الوكالة المستترة يقضى بنقل آثار العقد من الوكيل المسخر إلى الموكل، ولما كان عقد الوكالة هو الذى ينظم العلاقة بين الوكيل المسخر والموكل كما سبق ذكره وبالتالى فإن هذا العقد يرتب فى جانب كل من الموكل والوكيل المسخر كافة الالتزامات التى يرتبها عقد الوكالة(١).

وترتيباً على ذلك يلتزم الوكيل بأن ينفذ الوكالة فى حدودها المرسومة وأن يوافى الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة وتقديم حساب عن أعمال وكالته ورد ما للموكل فى يده بعد انتهاء الوكالة، كما يلتزم الموكل بدفع الأجر إلى الوكيل إذا كانت الوكالة مأجورة ورد المصروفات التى إنفقها فى تنفيذ الوكالة إلى الوكيل وتعويضه عما أصابه من ضرر فى تنفيذ الوكالة، ويلتزم الوكيل بنقل الحقوق التى كسبها باسمه إلى الموكل كما أن على الأخير أن يبرئ ذمة الوكيل مما عقده باسمه من الالتزامات.

وإذا ما تقاعس الوكيل المسخر عن نقل آثار التصرف الذى أبرمه مع الغير إلى ذمة الموكل كان للأخير اللجوء إلى القضاء لإجباره على القيام بذلك، وفى المقابل إذا تقاعس الموكل عن تحمل الالتزامات الناشئة عن التصرف الذى أبرمه الوكيل المسخر مع الغير كان للوكيل المسخر إجباره على ذلك باللجوء إلى القضاء.

ويرى الفقه أن نقل الحقوق والالتزامات إلى الموكل ينتج أثره من وقت حصوله بين الوكيل والموكل وليس من وقت تعاقد الوكيل مع الغير فليس له أثر رجعى(٢).

وتثبت الوكالة بالتسخير بين الأصيل والوكيل المسخر طبقاً للقواعد العامة فإذا كانت قيمة التصرف محل الوكالة تجاوز خمسمائة جنيه وجب إثباتها بالكتابة أو بما يقوم مقامها إلا إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل

---

١) راجع فى ذلك: نقض مدنى - الطعن رقم ١١٩ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩/٤/١٩٩٥.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط جـ٧ صـ٨٣٢ ومابعدها.

كتابى فإذا قلت القيمة عن ذلك جاز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البنية والقرائن، وإذا كانت الوكالة المسخرة ثابتة بالكتابة فإنه لا يجوز إثبات عكسها إلا بالكتابة ولو تجاوز قيمتها خمسمائة جنيه أما بالنسبة للغير حسن النية التى تعاقد مع الوكيل المسخر فله أن يثبت التسخير بكافة طرق الإثبات القانونية ومنها البنية والقرائن ويتمسك بالبطلان ضد طرفى عقد التسخير.

وفى ذلك تقول محكمة النقض فى أحد الطعون الذى طرح أمامها[١] أن «الوكالة بطريق التستر أو التسخير ليست إلا تطبيقاً لقواعد الصورية فإن العلاقة بين الموكل والوكيل المسخر يحكمها العقد الحقيقى الذى يسرى فيما بينهما، وبالتالى فعلى من يدعى بقيامها أن يثبت وجودها ويكون الإثبات طبقاً للقواعد العامة والأصل فيها أنه لا يجوز إثبات عكس ما أُثبت بالكتابة أو ما يقوم مقامها إلا إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى، فيجوز فى هذه الحالة إثباته بكافة الطرق إعمالاً للمادة ٦٣ من قانون الإثبات....».

وبناء عليه فإن الوكيل المسخر يحتفظ بهذه الحقوق طرفه على سبيل الأمانة وتكون يده عليها يد أمين وليست يد مالك، ومن ثم يجب عليه المحافظة عليها محافظة على ماله الخاص فإن هو بددها أو رفض ردها إلى الأصيل فإنه يسأل عن جريمة تبديد طبقاً للمادة ٣٤١ عقوبات أو خيانة الأمانة طبقاً للمادة ٣٣٦ عقوبات، وإذا تصرف فيها بأى وجه من أوجه التصرف طبقت عليه الأحكام الخاصة بالتصرف فى ملك الغير.

وتنص المادة ٣٤١ من قانون العقوبات على أنه «كل من اختلس أو استعمل أو بدد مبالغ أو أمتعة أو بضائع أو نقوداً أو تذاكر أو كتابات أخرى مشتملة على تمسك أو مخالصة أو غير ذلك إضراراً بمالكيها أو أصحابها أو واضعى اليد عليها، وكانت الأشياء المذكورة لم تسلم له إلا على وجه الوديعة أو الإجارة أو على سبيل عارية الاستعمال أو الرهن أو كانت قد سلمت له بصفة كونه وكيلاً بأجرة أو مجاناً بقصد عرضها للبيع أو بيعها أو استعمالها فى أمر معين لمنفعة المالك لها أو غيره يحكم عليه بالحبس، ويجوز أن يزاد عليه غرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصرى».

---

١) نقض مدنى: جلسة ١٩٩٢/٥/٣ - الطعنان رقما ٢٤٣٧، ٢٤٦٦ لسنة ٥٥ق.

وعلى ذلك يعاقب الوكيل بالعقوبة المنصوص عليها فى المادة المذكورة إذا بدد الأشياء المذكورة بالمادة والمسلمة إليه بصفته وكيلاً إضراراً بمالكيها أو أصحابها، وهذا يفيد ضرورة توافر الضرر ولذلك قيل إنه لا جريمة إذا انفق الوكيل المال الذى تسلمه على ذمة الموكل ثم أتضح من عمل حساب بينهما أنه دائن للموكل لا مديناً له.

ولا يشترط أن يقع الضرر بالفعل أو أن يكون وقوعه محققاً بل يكفى أن يكون هذا الضرر احتمالياً ويكفى وقوع الضرر الذى يلحق بالمجنى عليه حتى ولو لم تعد على الجانى أية فائدة لإختلاسة للمال فإذا قام الوكيل بإحراق المال أو إتلافه فيكفى ذلك لتوافر الجريمة، ولا عبره بمدى الضرر أو بمقداره إذ يكفى وقوع أى قدر مهما كان ضئيلاً للقول بتوافر ركن الضرر كما لا يشترط أن يكون الضرر مادياً إذ يكفى أن يكون هذا الضرر أدبياً كتبديد أوراق لها قيمة عند أصحابها.

ويسقط الالتزام برد الحقوق المتولدة من الرابطة العقدية التى أبرمها الوكيل المسخر مع الغير إلى الموكل بالتقادم الطويل أى مضى خمس عشرة سنة من تاريخ انتهاء الوكالة وتصفية الحساب بين الموكل والوكيل، لأن الدين قبل ذلك إحتمالى لا يلحقه السقوط.

ولكن أنصار هذا الاتجاه رأوا أن الاحتجاج بهذه الحقوق على الغير يحتاج إلى إبرام عقد جديد طرفاه الموكل والوكيل، وفى ذلك يقول الأستاذ الدكتور/ محمد حامد فهمى[١]، فى تعليقه على حكم محكمة النقض الصادر فى ٩/١٢/ ١٩٤٨، بقوله «إن تسجيل البيع الصادر للمعير اسمه ينقل الملكية مباشرة إلى الأصيل المستتر فإذا أريد الاحتجاج بملكية الأصيل فى حق غير الوكيل وجب عندئذ - ولتحقيق هذا الغرض وحده- إصدار تصرف جديد إلى الأصيل وتسجيله».

وفى ذلك تقول محكمة النقض[٢] بشأن أحد الطعون المطروح أمامها إنه «إذا

---

١) مشار إليه فى بحث الدكتور/ محمد زكى عبد المتعال (مشار إليه سابقاً) صـ١١ فى تعليقه على حكم محكمة النقض الصادر فى ٩/١٢/١٩٤٨.

٢) نقض مدنى: الطعن رقم ٦٤٨ لسنة ٤٩ق جلسة ٢٤/٤/١٩٨٠، نقض مدنى جلسة ٢٦/١١/١٩٦٨ مجموعة النقض المدنى السنة ١٩ صـ١٠٧٣ رقم ١٩، جلسة ٢٦/١١/١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ صـ١٠٧٣، ٥ مايو ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ صـ١٠١٩.

كان البين من الحكم المطعون فيه أن قضى بتأييد الحكم الابتدائى القاضى بتثبيت ملكية المطعون ضده الأول للعقار محل النزاع محمولاً فى أسباب على مجرد القول ثبوت الوكالة المستترة للزوجة الطاعنة فيما أبرمته من عقد شراء الأرض وما اتخذته من إجراءات البناء عليها وأن فى ذلك ما يكفى لاعتبار الأصيل فى علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة إلى إجراء إذ لا يحتاج لكى يحتج على وكيله المسخر بملكيته ما اشتراه إلى تصرف جديد من الوكيل ينقل به الملكية وكان هذا الذى أقام عليه الحكم قضاءه فى هذا الخصوص لا ينطبق على واقع الدعوى إذ هو يصدق على حالة ما إذا تم تسجيل البيع الصادر للوكيل المعير اسمه فتكون الملكية قد خرجت من ذمة البائع وهى وإن انتقلت إلى الوكيل فى الظاهر إلا أن انتقالها فى الحقيقة يعتبر لحساب الأصيل فيصبح فى علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة إلى صدور تصرف جديد من هذا الأخير ينقل به الملكية إليه....».

وبذلك يرى أنصار هذا الاتجاه أن عقد الوكالة المبرم بين الموكل والوكيل يكفى لنقل الحقوق والالتزامات من الأخير إلى الأول دون حاجة إلى إبرام عقد جديد فى هذا الصدد.

الفرع الثالث
رأى الباحث فى هذه المسألة

بعد أن استعرضنا كل من الاتجاه القائل بإبرام عقد جديد بين الوكيل المسخر والأصيل والاتجاه القائل بأن عقد الوكالة يلزم الوكيل المسخر بأن ينقل آثار العقد إلى ذمة الأصيل، فإننى أؤيد الاتجاه الأخير والذى يرى أن عقد الوكالة المبرم بين الموكل والوكيل المسخر يلزم الأخير بأن ينقل آثار العقد الذى أبرمه مع الأغيار فى ذمة الأصيل وذلك تنفيذاً لعقد الوكالة، فعقد الوكالة المبرم بينهما يقتضى أن يقوم الوكيل المسخر بالتعاقد مع الأغيار وذلك لحساب الأصيل والذى يرى أن مصلحته تقتضى عدم الظهور على مسرح التعاقد وذلك لوجود موانع قانونية أو أدبية تحول دون تعاقده مباشرة مع الأغيار، ومن أجل ذلك يلجأ إلى وكيل مسخر يسخره فى إبرام التصرف المطلوب مع الغير، والوكيل المسخر عندما يتعاقد مع الغير دون أن يفصح – صراحة أو ضمناً – عن حقيقة صفته فى التعاقد أو أن الغير لم يعلم – حقيقة أو حكماً – بهذه الصفة فإنه يكون فى هذه الحالة كما لو كان متعاقداً لحساب نفسه وأن ذمته المالية تتأثر بآثار العقد، وفى هذه الحالة فإن آثار الرابطة العقدية مع الأغيار يتسلمها الوكيل المسخر على سبيل الأمانة ولكنها لا تستقر فى يده وبذلك فإن يده على هذه الآثار تكون يد أمين وليست يد مالك، وبالتالى فإن تصرف فيها بأى وجه من أوجه التصرفات سئل عن التصرف فى ملك الغير، وإن بددها سئل عن جريمة تبديد إعمالاً للمادة ٣٤١ من قانون العقوبات وإذا رفض تسليمها سئل عن جريمة خيانة الأمانة إعمالاً للمادة ٣٣٦ من قانون العقوبات.

ومن الجدير بالذكر أن الوكيل المسخر يكتسب صفة الطرف بالمفهوم الشكلى فى الرابطة العقدية التى يبرمها مع الغير، ذلك لأنه يشارك بإرادته فى إبرام هذه الرابطة وبالتالى ينسحب عليه صفة الطرف بالمفهوم الشكلى، إلا أنه لا يكتسب صفة الطرف بالمفهوم المادى أو الموضوعى لأنه تعاقد بداية لحساب الأصيل وبالتالى فإن هذا الأخير يكون طرفاً فى الآثار المترتبة على هذه العلاقة، أى أنه

يكتسب صفة الطرف بالمفهوم المادى أو الموضوعى، ونظراً لأن آثـار الرابطـة العقدية يتسلمها الوكيل المسخر ويحتفظ بها في يده على سبيل الأمانـة فـإن عقـد الوكالة المبرم بينهما يلزم الوكيل المسخر بأن ينقل هذه الآثار المترتبة على العلاقة العقدية سواء الإيجابية منها أو السلبية إلى ذمة الأصيل، ذلك لأن الأخير ما استعان بالوكيل المسخر بموجب عقد الوكالة إلا للحصول على هذه الآثار وتأثر ذمته المالية بها، ونظراً لأن العقد هو الذى ينظم العلاقة وكذا حقوق والتزامات كل من طرفـى العقد لأنه هو أساس التعامل فيما بينهما فإن عقد الوكالة المبرم بين الأصيل والوكيل المسخر يعتبر هو الآلية أو الوسيلة المناسبة لنقل الحقوق والالتزامات إلى الموكل.

غير أنه قد توجد عقبات فى نقل الآثار المترتبة على العقد إلـى الأصـيل بموجب عقد الوكالة منفرداً، وأهم هذه العقبات إذا كان الوكيل المسخر قد تعاقد على شراء عقار فإنه فى هذه الحالة تدخل ملكية هذا العقار فى ذمـة الوكيـل المـسخر ويكون فى حكم المملوك له، ذلك لأن ملكية العقار لا تنتقل من البائع إلى المشترى إلا بالتسجيل، وبناء عليه فإن الوكيل المسخر يكون قد اكتسب ملكية هذا العقار عن طريق التسجيل، وبناء عليه فإن عقد الوكالة لا يصلح كوسيلة لنقل ملكية هذا العقار إلى ذمة الأصيل، ولكن الأمر يحتاج إلى تصرف قانونى جديد لنقل ملكية العقار إلى ذمة الأصيل ولا يتحقق ذلك إلا من خلال عقد جديد ينقل بموجبه الوكيل المـسخر ملكية العقار إلى ذمة الأصيل.

ويذهب جانب من الفقه[١] إلى أن عقد الوكالة لا يصلح فى حد ذاته لنقل هذه الآثار إلى ذمة الأصيل، دون حاجة إلى إبرام عقد جديد بـين الأصـيل والوكيـل المسخر وأن القول بأن عقد الوكالة يكفى لنقل هذه الآثار ينطوى على إهدار لفكـرة الاعتبار الشخصى فى التعاقد التى اعترف بها المشرع صراحة فى نـص المـادة ١٠٦ مدنى، لأن المتعاقد مع الوكيل المسخر لا يرغب من حيث المبدأ فى التعاقـد مع الأصيل لاعتبارات معينة يعول عليها، منها ما هو متعلـق بـشخص الأصـيل كسمعته أو مماطلته فى تنفيذ التزاماته، أو وجود عوامل شخصية أو عائلية أخـرى تحول دون التعاقد معه، ومنها ما هو مرتبط بذمته المالية كما لو كان مركزه المالى

١) راجع فى ذلك بالتفصيل: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢٦٨ ومابعدها.

سيئاً لا يطمئن فى التعامل معه، كما أن هذا القول يخلق عقبات مستمدة من عمليـــة النقل إذا ما انتهينا إلى أن الوكيل المسخر يــصبح طرفــاً بـبــالمفهوم المـــادى أو الموضوعى فى العقد، ومعنى ذلك أن ثمار هذا العقد تدخل فى ذمته المالية وبالتالى فإن خروجها يتطلب إبرام تصرف قانونى جديد وأن عقد الوكالة لا يكفى فى حــد ذاته لنقل هذه الآثار، كما أن هذا القول يخلق بعض العقبات العملية ويتحقق ذلك إذا كان العقد بيعاً بثمن مقسط ومحله عقار معين، فلا يصلح عقد الوكالة فى حد ذاتــه لنقل الحق من الوكيل المسخر إلى الأصيل بل إن الأمر يقتــضى إبــرام تــصرف قانونى آخر. ولا شك أن هذا الرأى هو جدير بالتأييد من جانبى[١].

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢٤٩.

الفرع الرابع
ضوابط انصراف آثار العقد فى ذمة الأصيل

سبق أن ذكرنا بأنه إذا كان المتعاقد مع الوكيل المسخر قد اعتقد على غير الحقيقة أن عدم إعلان الوكيل المسخر عن صفته الحقيقية فى التعاقد يرجع إلى إهماله أو تقصيره أو تعمده ذلك، لأنه عول على هذه الصفة وكانت محل اعتبار من جانب المتعاقد مع الوكيل المسخر، وأنه لو كان يعلم عند التعاقد بأن الوكيل المسخر قد انصرف قصده نحو التعاقد لمصلحة شخص محدد وأن هذا الشخص هو الذى سوف تتأثر ذمته المالية بآثار العقد، لما شارك مع الوكيل المسخر فى إبرام العقد لأنه لا يرغب فى التعاقد مع الأصيل لاعتبارات معينة يعول عليها والتى من بينها المركز المالى له والسمعة فى الوفاء بالالتزامات والعوامل الدينية والأخلاقية والاجتماعية(١) وغير ذلك من الاعتبارات المستمدة من فكرة الجنسية والناتجة عن آثار العمليات الحربية والتى تمنع فى بعض الأحيان من إبرام العلاقات التعاقدية(٢) وبناء على ذلك يكون من حق المتعاقد مع الوكيل المسخر أن يطلب إبطال العقد طبقاً لأحكام الغلط أو التدليس بحسب ما إذا كان عدم الإعلان عن الصفة فى التعاقد يرجع إلى إهمال الوكيل المسخر أو تعمده، ونظراً لأن هذا الحق يعتبر من الحقوق الخاصة بالمتعاقد فإنه يجوز له التنازل عنه وتستمر الرابطة العقدية بينه وبين الأصيل، كما يجوز للوكيل المسخر أن يتجنب دعوى البطلان المقامة من المتعاقد معه ويطلب أن يستمر فى العلاقة التعاقدية مع الأخير وأن تتأثر ذمته المالية بآثار هذه العلاقة(٣)، ونظراً لأن حق المتعاقد مع الوكيل المسخر فى طلب إبطال العقد للغلط أو التدليس يعتبر من الحقوق الشخصية فإنه بإمكانه التنازل عن هذا الحق وذلك بإبداء رغبته فى أن تتأثر ذمته المالية بآثار العقد، كما يحق للوكيل المسخر كما سبق القول أن يتجنب دعوى البطلان والآثار المترتبة عليها، وذلك بأن يوافق

---

١) راجع فى توضيح ذلك بالتفصيل: دكتور/ سمير إسماعيل - الرسالة السابقة - صـ١٣ ومابعدها.

٢) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد - المرجع السابق صـ٧ ومابعدها.

٣) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد - المرجع السابق صـ٢٧١.

بأن تتأثر ذمته المالية بآثار العقد الذى أبرمه مع الغير، وإذا ما تحقق ذلك فإن الرابطة العقدية تنشأ بينه وبين المتعاقد معه ويصبح الوكيل المسخر بالتالى أجنبياً عن الآثار المترتبة عليها، وعلى اعتبار أن العلاقة العقدية تكون ملكاً لأطرافها الذين شاركوا بإرادتهم فى أبرامها فإنه يستطيع أحد أطرافها التنازل عن صفته العقدية للغير. وبناء على ذلك فإنه ليس هناك ما يمنع دون اكتساب الأصيل صفة الطرف بالمفهوم المادى أو الموضوعى فى العقد الذى يشارك الوكيل المسخر فى إبرامه مع الغير، وذلك عن طريق تنازل الوكيل المسخر عن صفته العقدية للأصيل(١).

وعلى ذلك يجب أن تتوافر ضوابط معينة لقيام العلاقة التعاقدية بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر والتى يتم على أساسها انصراف آثار العلاقة العقدية - الإيجابية منها أو السلبية - فى ذمة الأصيل:

أولاً: أن يتنازل المتعاقد مع الوكيل المسخر عن الاعتبار الشخصى فى التعاقد، وذلك بتنازله عن الاعتبارت التى كان يعول عليها والتى تمنع دون التعاقد مع الأصيل، منها ما هو متعلق بمركزه المالى بأن يكون مركزه المالى سئ أو أنه لا يوفى بالتزاماته نتيجة المماطلة والتسويف فى الوفاء بالتزاماته، ومنها ما هو متعلق بالعامل الدينى كإسناد بناء مسجد لمقاول غير مسلم أو تعيين معلم فى مدرسة إسلامية تشترط أن يكون مسلماً، ومنها ما هو متعلق بالجانب الأخلاقى كسمعته السيئة والتى تحول دون إبرام العلاقة التعاقدية معه ومثال ذلك أن يكون الأصيل أعزب ويطلب استئجار مسكن تقطنه أسر، ومنها ما هو متعلق بالجانب الاجتماعى مثل وجود خلافات شخصية أو عائلية تحول دون اتمام الرابطة العقدية، ومنها ما هو مستمد من فكرة الجنسية مثل أحجام التاجر الذى يبيع بنظام التقسيط على البيع لأجنبى وذلك خشية عدم حصوله على حقه أو المعاناة فى ذلك، ومنها ما هو ناتج عن آثار العمليات الحربية مثال ذلك أن تحجم أحدى الشركات التابعة لأحدى الدول المتحاربة على التعامل مع شركات تنتمى إلى الدولة المتحاربة معها أو التى تنتمى إلى دولة أيدت أحدى الدول المتحاربة أثناء الحرب، أقول بأن المتعاقد مع الوكيل

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد - المرجع السابق صـ٢٧١.

المسخر يستطيع أن يتنازل فكرة الاعتبار الشخصي فى التعاقد، وذلك عن طريق التنازل عن طلب إبطال العقد للغلط أو التدليس بحسب ما إذا كان عدم إعلان النائب عن صفته الحقيقية يرجع إلى إهماله أو تدليسه، وذلك لأن الاعتبارات التى كان يعول عليها متروك أمر تقديرها له دون غيره، وبذلك بإمكانه أن يتنازل عن دعوى البطلان من خلال التنازل عن فكرة الاعتبار الشخصي فى التعاقد وذلك بالموافقة على قيام الرابطة العقدية بينه وبين الأصيل سواء تم ذلك صراحة أو ضمناً. وذهب جانب من الفقه[١] إلى القول بأنه لا يحول دون قيام الرابطة العقدية بين المتعاقد مع الوكيل المسخر والأصيل ما ورد بنص المادة ١٠٦ من القانون المدنى بأنه «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً...» لأن هذا الحكم الوارد بالمادة المذكورة مقرر لمصلحة الأصيل ومن ثم فإنه يصلح لأن يرد عليه التنازل الصريح أو الضمنى، ومعنى ذلك أن هذا الحكم يكون واجب التطبيق إذا كان المتعاقد مع الوكيل المسخر لا يرغب من حيث المبدأ فى التعاقد مع الأصيل، ففى هذه الحالة لا يمكن إجباره على قيام الرابطة العقدية لأن ذلك ينطوى على اهدار للاعتبار الشخصى فى التعاقد، والذى يستند إلى مبدأ حرية التعاقد وأنه نظراً لأن هذا الاعتبار يكون حقاً خاصاً بالمتعاقد فإنه يجوز له التنازل عنه صراحة أو ضمناً.

ثانياً: يجب على الوكيل المسخر أن يعلن رغبته صراحة بأنه يتنازل عن الرابطة العقدية القائمة بينه وبين الغير المتعاقد معه، وذلك عن طريق تفادى دعوى البطلان الذى كان بإمكان المتعاقد معه إقامتها للغلط أو التدليس بحسب ما إذا كان عدم إعلانه عن صفته يرجع إلى إهماله أو تعمده ذلك، وكذا الآثار المترتبة عليها والمتمثلة فى بطلان العقد مع إلزامه بالتعويض طبقاً للقواعد العامة الواردة فى المادة ١٦٣ مدنى، وذلك عن طريق إبداء رغبته للمتعاقد معه فى انصراف آثار الرابطة العقدية الإيجابية منها والسلبية فى ذمته المالية، وبالتالى يجب على الوكيل المسخر أن يعرض رغبته فى التنازل عن صفته العقدية إلى الأصيل، ونظراً لأن قصد الوكيل المسخر قد انصرف منذ بداية التعاقد إلى التعاقد لمصلحة الأصيل، إلا

---

(١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد - المرجع السابق ص٢٧٢، ٢٧٣.

أنه إذا ما تنازل الوكيل المسخر عن الرابطة العقدية لمصلحة الأصيل ووافق المتعاقد معه على ذلك، فإن الأصيل يصبح طرفاً بالمعنى المادى أو الموضوعى فى العقد ومن ثم تنصرف فى ذمته الآثار المترتبة على العقد سواء الإيجابية منها والسلبية. والتنازل يعتبر من قبيل التصرفات القانونية، وبالتالى يجب أن تتوافر فى التنازل شروط التصرف القانونى ومنها اكتمال الأهلية وخلو الإرادة من العيوب، وأنه نظراً لأنه يعد حقاً خاصاً فلا يجوز للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه بل يجب أن يتم ذلك بناء على طلب صاحب الحق فى ذلك والذى من حقه التمسك به[١].

ومن الجدير بالذكر أنه يترتب على قيام الرابطة العقدية بين المتعاقد مع الوكيل المسخر والأصيل، أن تنصرف الآثار المترتبة عليها فى ذمة هذا الأخير غير أن تاريخ ذلك يختلف بحسب ما إذا كانت العلاقة التعاقدية قد نشأت بقوة القانون – إذ أعلن النائب صراحة أو ضمناً عن صفته الحقيقية فى التعاقد أو إذا علم الغير المتعاقد – حقيقة أو حكماً – بصفة النائب الحقيقية فى التعاقد أو كان يستوى لدى المتعاقد مع النائب التعاقد مع الأصيل أو النائب – أو من خلال التنازل عن الصفة العقدية[٢]، فإذا نشأت الرابطة العقدية بقوة القانون فإن الآثار المترتبة عليها تنصرف مباشرة في ذمة الأصيل بعد الانتهاء من مرحلة إبرام العقد مباشرة، ويترتب على ذلك أنه لا يحق للوكيل المسخر إنشاء حقوق شخصية أو عينية للغير على الآثار الإيجابية للعقد، كما أنه لا يجوز لدائنيه الحجز على هذه الآثار لأنها لا تعد أحد عناصر ذمته المالية، وإذا قام الوكيل المسخر بالوفاء بأحد الالتزامات الناشئة عن العقد من ذمته المالية فإن هذاا لوفاء يخضع لأحكام الوفاء الحاصل من الغير وبذلك يصبح الوكيل المسخر أجنبياً عن آثار الرابطة العقدية وينتهى دوره تماماً، وبالتالى لا يجوز الرجوع عليه إلا إذا كانت نيابته شاملة لمرحلة التنفيذ أى أن يكون ضامناً للأصيل فى تنفيذ التزاماته. أو كان قد ارتكب خطأ جسيماً يقيم مسئوليته العقدية أو التقصيرية على حسب الأحوال، وإذا نشأت الرابطة العقدية عن

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد - المرجع السابق صـ٢٧٦.
٢) راجع فى ذلك: صـ٥٥٩، ٥٦٠.

طريق التنازل عن الصفة العقدية فإن الأصيل يكتسب الحقوق والالتزامات الناشئة عنها من تاريخ توافر ضوابط نقل الصفة العقدية[1]، وبناء على ذلك فإن الوكيل المسخر يعتبر مالكاً للآثار المترتبة على العلاقة العقدية قبل تاريخ التنازل، وبالتالى إذا كان قد تصرف فيها بأى وجه من أوجه التصرف فإن تصرفه يكون صحيحاً ولا يخضع لأحكام التصرف فى ملك الغير، كما أن جميع الحجوز التى تقع من دائنيه تنفذ فى مواجهة الأصيل إذا كانت ثابتة التاريخ ويتم نقل آثار العقد إلى الأصيل وهى محملة بالحقوق التى تم ترتيبها للغير سواء كانت شخصية أو عينية أصلية أو تبعية وتكون نافذة فى حقه، وإذا كانت النيابة شاملة لمرحلة التنفيذ فالوكيل المسخر يصبح منذ تاريخ التنازل أمينا على حقوق الأصيل وبالتالى إذا تصرف فيها بأى وجه من أوجه التصرف سئل عن التصرف فى ملك الغير، وإذا بددها سئل عن جريمة تبديد إعمالاً للمادة ٣٤١ عقوبات وإذا رفض تسليمها سئل عن جريمة خيانة الأمانة عملاً بأحكام المادة ٣٣٦ عقوبات.

---

(١) راجع فى ذلك دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـ٢٧٩.

الخاتمـــــة

الأصل فى التعاقد أن آثار العلاقة التعاقدية تتصرف فى ذمة أطرافها أى كل من ساهم بإرادته فى تكوينها، وأن هذه الآثار لا تتعدى أطراف العلاقة التعاقديـــة، بيد أن مقتضيات الحياة العملية تطلبت التجاوز عن هذا الأصل، فقد تدخل المـــشرع فى مختلف الدول وأقر أنظمة قانونية تتيح للأشخاص الطبيعيين والمعنويين تكـــوين العلاقات التعاقدية من خلالها، ووضع لكل نظام قواعد موضوعية خاصة به تـــوفر الحماية الفعالة لطرفى الرابطة العقدية وكذا طائفة الأغيار فى ذات الوقت[1]، ومـــن بين هذه الأنظمة الوكالة بالتسخير والوصى عن القاصر والـــولى عـــن الـــصغير والوكالة بالعمولة والصورية من خلال استعارة الاسم والتعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير والفضالة والتقرير بالشراء عن الغيـــر والتـــضامن بـــين المـــدنيين والعضوية للشخص المعنوى، على اعتبار أن هذه الأنظمة تتشابه مع التعاقد بنظـــام الوكالة بالتسخير، ولقد اقتصرت فى رسالتى علـــى الوكالـــة بالتـــسخير والوكالـــة بالعمولة والصورية من خلال استعارة الاسم نظراً لوجود تشابه كبير بينهم يـــصل إلى حد الخلط.

والوكالة بالتسخير هى عقد يلتزم بمقتضاه أحد طرفيه ويسمى الوكيل بالتعاقد مع الأغيار باسمه الشخصى ولكن لحساب الطرف الأخر ويسمى الموكل.

وقد نصت على ذلك المادة ١٠٦ من القانون المدنى المصرى حيـــث جـــاء نصها على أنه «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً، فإن أثـــر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً إلا إذا كان من المفروض حتماً أن مـــن تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصـــيل أو النائب».

وهذه المادة تنص على الوكالة المستترة أو الوكالة بالتسخير فـــى حـــين أن نص المادة ١٠٥ من القانون المدنى تنص على الوكالة الظـــاهرة، والتـــى ينـــساب

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد – المرجع السابق صـــ٢٨١.

نصها على أنه «إذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل».

والمشرع المصرى لم يفرق عند تنظيمه للوكالة العادية بين الوكالة الظاهرة أو المكشوفة والوكالة المستترة أو بالتسخير، بل جاء تنظيمه لها عاماً فقد ورد نص المادة ٦٩٩ من القانون المدنى على أن «الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل» فقد جاءت عبارة هذا النص عامه مما يتعين صرف حكمها إلى نوعى الوكالة المكشوفة والمستترة على حد سواء، وعندما تناول مسألة الآثار المترتبة على العقد الذى يتم من خلال الوكالة العادية أحال بمقتضى نص المادة ٧١٣ مدنى إلى نصوص المادتين ١٠٥، ١٠٦ مدنى، وجاءت الإحالة عامة مما يستوجب صرفها إلى الوكالة العادية المكشوفة والمستترة أو بالتسخير على حد سواء أيضاً، وبالرجوع إلى نصوص المادتين ١٠٥، ١٠٦ مدنى نجد أن عباراتها جاءت عامة مطلقة(١) بل إن مضمون نص المادة ١٠٦ مدنى يقطع بأن تصرفات الوكيل المسخر تخضع لأحكام النيابة فى التعاقد، فهذه المادة خولت للمتعاقد مع النائب حق الخيرة بين طلب قيام العقد مع هذا الأخير بصفته الشخصية وفقاً لما تضمنه التعبير الصادر منه، أو الأصيل وفقاً لما انصرف إليه القصد وفق ما تقتضيه مصلحته الشخصية غير أن هذا الحق لا يستطيع ممارسته أو التمسك به فى حالة علمه -حقيقة أو حكماً- بصفة النائب الحقيقية فى التعاقد أو كان يستوى لديه التعاقد مع النائب أو الأصيل، ولا شك أن الوكالة بالتسخير تعتبر إحدى صور الوكالة المستترة مما يستوجب خضوع الآثار المترتبة على العلاقات التعاقدية التى تتم من خلالها لأحكام نصوص المادتين ١٠٥، ١٠٦ مدنى.

واتفاق التسخير يعتبر مشروعاً طالما أنه يستخدم فى أعمال مشروعة ولا يخفى غشاً نحو القانون ولا غشاً فيما يتعلق بحقوق الغير، فقد يرى الموكل أن مصلحته الشخصية تقتضى عدم إظهار اسمه أو صفته العقدية أمام الأغيار فيلجأ إلى تسخير غيره فى إبرام التصرف القانونى المطلوب، ويشترط فى عقد الوكالة أن

---

١) راجع فى ذلك: دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد - المرجع السابق صـ١٢٢، ١٢٣.

يتعامل الوكيل مع الغير باسمه الشخصي، وفي هذه الحالة تسمى الوكالة بعقد التسخير.

ومعنى ذلك أن إخفاء الوكيل حقيقية صفته في التعاقد وعما إذا كان يتعاقد لمصلحته الشخصية أو يتعاقد لحساب شخص محدد بالذات، ليس مقصوداً لذاته ولكن من أجل إنتاج آثار قانونية محددة سواء في علاقة الموكل بالمتعاقد مع الوكيل أو بالأغيار وحينما يتعاقد الوكيل مع الغير فإنه يظهر أمامه بأنه يتعامل لمصلحته الشخصية في حين أن قصده انصرف إلى التعامل لمصلحة الموكل ومن ثم نكون بصدد اختلاف أو عدم تطابق بين معطيات التعبير ومحتوى القصد بشأن الصفة في التعامل، ومتى قام الوكيل المسخر بإبرام التعاقد مع أحد الأغيار فمعنى ذلك أننا نكون بصدد عقدين أحدهما تم تكوينه بين الموكل والوكيل، وثانيهما تم إبرامه بين هذا الأخير والغير، وأن هذا العقد أو ذاك لا يعتبر إحدى صور الصورية النسبية التي ترد على الاسم كما بدا لجانب من الفقه والقضاء.

والوكالة بالعمولة كما عرفتها المادة ١٦٦ من قانون التجارة الجديد ١٧ لسنة ١٩٩٩ هي عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بأن يتعاقد باسمه الشخصي لحساب الموكل، وتشبه الوكالة بالعمولة الوكالة بالتسخير في أن الوكيل بالعمولة يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي دون اسم موكلة بمعنى أنه يبدو أمام الغير وكأنه المتعاقد الأصلي وإن كان في حقيقة الأمر يتعاقد لحساب موكلة كما هو واضح من نص المادة ١٦٦ تجاري كما أن الوكالة بالعمولة تشبه الوكالة بالتسخير في أن آثار التصرف القانوني الذي يبرمه باسمه تمر بذمته المالية أولاً وإن كانت لا تستقر بها نظراً لأنه يحتفظ بهذه الآثار على سبيل الأمانة وأن يده عليها يد أمين وليست يد مالك، ويعتبر الوكيل بالعمولة تاجراً محترفاً أي يتخذ من أعمال الوكالة التجارية حرفة له.

وفي معيار التفرقة بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية تم استعراض عدة معايير ولكن المعيار الذي نميل إليه هو معيار الطريقة أو الوسيلة التي يتصرف بموجبها الوكيل فإذا كان يتصرف في تعامله مع الغير باسمه الشخصي اعتبر وكيلاً بالعمولة وإذا تصرف مع الغير باسم موكلة عُد وكيلاً عادياً.

والصورية من خلال استعارة الاسم هى أن يستعير أحد طرفى العقد اسم شخص من الغير، بحيث يبدو هذا الأخير على أنه الطرف الحقيقى فى العقد فى حين أن الحقيقة غير ذلك، ومعنى ذلك أن الصورية التى ترد على الاسم لها مفهوم قانونى محدد حيث إنها تنصب على الصفة فى التعاقد فى حد ذاتها وأنها تقتضى وجود اتفاقين مستقلين، أحدهما يتم تكوينه بين صاحب الاسم المستعار والشخص الذى يبغى استعارة الاسم، وأن إرادة كل منهما يكون لها الدور الإيجابى والفعال فى إبرام العقد، وثانيهما، بين الشخص الذى يستعير الاسم وأحد الأغيار، وإذا كان صاحب الاسم المستعار يقوم بالتوقيع على العقد باسمه الشخصى فإنه لا يعدو أن يكون أداه فى يد المستعير للاسم لتحقيق الغرض الذى يبغى تحقيقه، ومن ثم فإن دوره فى هذه الحالة دور مادى بحت يقتصر على التوقيع على العقد دون أن يشارك بإرادته مشاركة إيجابية وفعالة فى تكوين الرابطة العقدية، وبالتالى فإنه لا يكتسب صفة الطرف بالمفهوم الشكلى لأن هذا المفهوم لا يستمد من عملية التوقيع على العقد والتى لا تخرج عن كونها عملاً مادياً خالصاً، بل إنه يرتبط بعملية المشاركة الفعلية فى إبرام العقد بمعنى أنه يتطلب وجود دور للقصد من خلال التعبير عن الإرادة فى عملية تشييد العقد.

ويأخذ حكم التعاقد بطريق الوكالة بالتسخير تعاقد الوصى عن القاصر والولى عن الصغير، حيث يلتزم كل من الوصى أو الولى بأن يبرم تصرفاً قانونياً مع أحد الأغيار باسمه الشخصى ولكن لحساب الطرف الآخر وهو القاصر أو الصغير، وعلى ذلك يلزم القانون الوصى عن القاصر أو الولى عن الصغير بأن يبرم تصرفاً قانونياً مع الغير باسمه الشخصى ولكن لحساب القاصر أو الصغير، بحيث يبدو كل من الوصى والولى أمام الغير على أنه الطرف الأصلى والمتعاقد الحقيقى فى حين أنه ليس كذلك، فإرادة القانون هى التى حلت محل إرادة القاصر أو الصغير فى العقد المبرم حكماً بين كل من الوصى والقاصر والولى والصغير، ولا يقع على عاتق كل من الوصى والولى التزام تعاقدى وهو ضرورة الإعلان عن صفته الحقيقية فى التعاقد عند إقدامه على التعاقد كما هو الشأن بالنسبة للنائب، والعلة التى ابتغاها المشرع من وراء ذلك هى إتاحة الفرصة للغير المتعاقد مع النائب أن

يمارس حق الخيرة فى قبول أو رفض التعاقد فى ضوء الاعتبارات التـــى يعـــول عليها وذلك إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد المنبثق من مبدأ سلطان الإرادة.

ولا شك أن لنظام التعاقد بطريق الوكالة بالتسخير أهمية بالغة للأشـــخاص حيث يحقق هذا النظام فائدة عملية واضحة لهم، وذلك عن طريق الـــسماح بـــإبرام عقود لحساب أشخاص قد تكون لهم مصلحة فى التجهيل بأشخاصهم عند التعاقـــد، وبذلك يحقق هذا النظام مزايا الاسم المستعار دون أن يصطحب ذلك بضرورة نقل آثار العقد من الاسم المستعار إلى صاحب الشأن بتصرف جديد كما هو الشأن فـــى حالات تعاقد الوكيل باسم نفسه إذا لم يحتفظ فى العقد بالحق فى الكشف عن شخص صاحب الشأن، كما أنه لا يستحق على التصرفات العقارية التى تتم من خلال هـــذا النظام إلا رسم شهر واحد إذ إن الكشف عن شخصية الأصيل ليس تصرفاً جديـــداً كما أن المشترى الأول فى هذا النظام ليس إلا نائباً لا ترجع إليه آثـــار العقـــد. ولا يوجد ما يمنع أن يكون عقد التسخير غير قاصر على عملية واحدة بل من الممكـــن أن يشمل عدة عمليات مستمرة، ويصبح الوكيل المسخر مستمراً فى أداء المطلـــوب منه ويعتبر ذى وظيفة دائمة فى هذا الأمر يختفى وراءه المتعاقد الحقيقى المـــستفيد من التعاقد، والوكالة بالتسخير كنظام قانونى لها أهمية كبيرة فى الحياة العملية حيث إنها الوسيلة التى تمكن الأشخاص من إبرام التصرفات القانونية والعقود فى حالـــة وجود مانع أدبى أو قانونى يحول بينهم وبين القيام بذلك عـــن طريـــق الاســـتعانة بأشخاص آخرين من الغير يعهد إليهم بالقيام بإبرام هذه التصرفات.

وتتميز الوكالة بالتسخير بعدة خصائص منها أن الوكيل المسخر وكيل عـــن آخر فحين يبرم تصرفاً قانونياً ما مع أحد الأغيار فإنه يتعامل مع هذا الغير باعتباره وكيلاً مستتراً تلقى وكالته بصدد هذا التصرف قبل إبرامه مع الغير، كما أن الوكيل المسخر يبرم التصرفات القانونية باسمه الشخصى لا باسم الموكـــل لأنـــه يلتـــزم بمقتضى عقد الوكالة المستتر بألا يكشف عن صفته للغير وهو مـــا يقتـــضى مـــن الوكيل المسخر أن يعمل شخصياً باسمه مع الغير وكأنه صاحب الحق يتصرف فى حقه الخاص دون أن يكشف شخصية موكله، والوكيل المسخر يتعاقـــد مـــع الغيـــر

٤٩٩٦

لحساب الموكل أى أن آثار التصرف القانونى الذى أبرمه من حقوق والتزامات تنصرف إلى الوكيل المسخر الذى يلتزم بنقلها بعد ذلك إلى الموكل.

ولقد ثار خلاف فى الفقه والقضاء حول طبيعة الوكالة بالتسخير فذهب جانب إلى أن الوكالة بالتسخير هى إحدى صور الصورية فى حين ذهب جانب آخر إلى أنها نوع من أنواع الوكالة، غير أنه من المستقر عليه فقهاً وقضاء أن الوكالة بالتسخير كنظام قانونى هى نوع من أنواع الوكالة غير أنها وكالة مستترة وليست ظاهرة وليست إحدى صور الصورية النسبية التى ترد على الاسم، ولقد اعترف المشرع بذلك صراحة فى المادة ١٠٦ مدنى عندما قال: «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً...» فإنه قصد بذلك التعاقد بطريق الوكالة بالتسخير، وهو بذلك يكون قد أسبغ صفة الوكيل على الوكيل المسخر شأنه فى ذلك شأن أى وكيل بيد أن الفارق بينهما أن وكالته مستترة، وهذا هو الرأى عندى.

ويترتب على تصرفات الوكيل المسخر آثار تتمثل فى الحقوق والالتزامات التى تتولد عن هذه التصرفات، ولقد اختلف الفقه والقضاء بشأن آثار تصرفات الوكيل المسخر فذهب جانب إلى انصراف آثار العقد إلى ذمة هذا الأخير فى حين ذهب جانب آخر إلى توقف انصراف آثار العقد فى ذمة الموكل على قصد المتعاقد مع الوكيل المسخر، بينما ذهب جانب ثالث إلى خضوع تصرفات الوكيل المسخر لنص المادة ١٠٦ مدنى، وإننى أؤيد الرأى الأخير الذى يقوم على قيام الرابطة العقدية بين الموكل والغير المتعاقد مع الوكيل المسخر إذا ما توافرت واقعة العلم الحكمى لدى المتعاقد مع الوكيل المسخر وأن هذا الأخير يعلم بصفة الوكيل المسخر الحقيقية فى التعاقد وكونه لا يتعاقد لحسابه الشخصى، وإنما يتعاقد لحساب الأصيل وذلك إعمالاً للمادة ١٠٦ مدنى وهو ما أجمع عليه الفقه والقضاء.

والأصل أن الوكيل المسخر عندما يتعاقد مع الغير دون أن يفصح -صراحة أو ضمناً- عن حقيقة صفته فى التعاقد أن تنشأ الرابطة العقدية بين الوكيل المسخر والغير المتعاقد معه، بينما يكون الأصيل أجنبياً عن هذه العلاقة حيث لم يظهر على مسرح التعاقد، ولقد ثار الخلاف فى الفقه والقضاء حول طبيعة العلاقة بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر خاصة إذا كانت العلاقة التعاقدية قد تم تشييدها من

خلال فكرة الوكالة بالتسخير، فذهب جانب منهم إلى أنها تعد علاقة أغيار وبصورة مطلقة، وبالتالى لا يمكن لأحدهما الرجوع على الآخر مباشرة لانتفاء السند القانونى لذلك، وذهب جانب آخر إلى خضوع هذه العلاقة لأحكام الصورية النسبية التى ترد على الاسم وبالتالى فإن هذه العلاقة وإن كانت تدخل فى منطقة الأغيار إلا أنه ليس هناك ما يحول دون تحولها إلى علاقة تعاقدية مباشرة متى رغب الغير المتعاقد مع الوكيل المسخر فى ذلك من خلال تمسكه بأحكام الصورية، وانتهيت فى هذه المسألة إلى أن الأصيل يعتبر من الغير بالنسبة للرابطة العقدية التى يتم تكوينها من خلال فكرة الوكالة بالتسخير والتى تتم بين الوكيل المسخر والمتعاقد معه نظراً لأن الأصيل لم يشارك بإرادته فى تشييد الرابطة العقدية، ومن ثم فإنه يعتبر أجنبياً عنها وفقاً لمبدأ نسبية أثر العقد الذى تنص عليه المادة ١٤٥ مدنى، والتى تقضى بأن آثار العقد تنصرف إلى أطرافه فقط دون غيرهم، وبالتالى فإنه طبقاً للأصل العام فى التعاقد بأن كل من يساهم بإرادته فى إبرام العقد فإنه يكتسب صفة الطرف بالمفهوم المادى والشكلى ومن سواهم يعد من طائفة الأغيار، وبالتالى فإن الأصيل يدخل فى عداد الأغيار وبذلك فإن العلاقة بين الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر تعد علاقة أغيار وليست علاقة تعاقدية وأوضحت الأسانيد على ذلك. وإذا كان النظام القانونى للوكالة بالتسخير يقوم على أساس أن يتعاقد الوكيل المسخر مع أحد الأغيار بإسمه الشخصى على أن تنصرف آثار العقد فى ذمته غير أنها لا تستقر بها بل يحتفظ بها لديه لحين نقلها إلى ذمة الأصيل، فإن تصرف فيها بأى وجه من أوجه التصرفات سئل عن التصرف فى ملك الغير وإن بددها أو رفض نقلها إلى الأصيل فإنه يسأل عن جريمة تبديد طبقاً للمادة ٣٤١ عقوبات أو جريمة خيانة الأمانة طبقاً للمادة ٣٣٦ عقوبات، واحتفاظ الوكيل المسخر بآثار العقد يلزمه بالحفاظ عليها محافظته على أمواله الخاصة لأن يده عليها يد أمين وليست يد مالك، ويلتزم الوكيل المسخر بعد ذلك بنقل هذه الآثار فى ذمة الأصيل لأن التعاقد تم بداية لحسابه وباعتبار أنه الطرف فى الآثار المترتبة على العلاقة التعاقدية فى حين أن الوكيل المسخر يكون طرفاً فى العلاقة التعاقدية، وإذا كان الاتجاه الغالب فى الفقه والقضاء يذهب إلى أن ثمار العقد تنصرف فى ذمة الوكيل المسخر غير أن الخلاف ثار بينهم حول وسيلة

نقل الحقوق والالتزامات إلى الأصيل، فذهب جانب منهم إلى إبرام عقد جديد بين الوكيل المسخر والأصيل فى حين ذهب جانب آخر إلى أن عقد الوكالة يلزم الوكيل المسخر بنقل الحقوق والالتزامات إلى الأصيل وانتهيت فى هذه المسألة إلى أن نقل الحقوق والالتزامات إلى الأصيل لا يتم بمقتضى عقد الوكالة المبرم بينهما، ولكن يلزم إبرام عقد جديد بين الموكل والوكيل المسخر لأن القول بكفاية عقد الوكالة ينطوى على إهدار لفكرة الاعتبار الشخصى فى التعاقد تلك الفكرة التى يعترف بها المشرع صراحة فى نص المادة ١٠٦ مدنى فضلاً عن العقبات المستمدة من عملية نقل هذه الآثار حيث إن هذه الأخيرة قد دخلت فى ذمة الوكيل المسخر المالية فيصبح بناء على ذلك الدائن والمدين فى مواجهة المتعاقد معه وبالتالى فإن خروجها من ذمته المالية يقتضى من الناحية الفنية إبرام تصرف جديد ولا يكفى فى هذا الشأن عقد الوكالة فى حد ذاته، فضلاً عن العقبات المستمدة من الناحية العملية ويبدو ذلك جلياً متى كان العقد بيعاً بثمن مقسط ومحله عقار معين حيث إنه يثور التساؤل حول كيفية نقل الحق من ذمه الوكيل المسخر إلى ذمة الأصيل من خلال عقد الوكالة، لاشك أن هذا الأخير لا يصلح لأن يكون تصرفاً قانونياً تتم بمقتضاه عملية النقل بل يتعين تكوين تصرف قانونى آخر.

ويجب أن تتوافر ضوابط معينة لانصراف آثار العقد من ذمة الوكيل المسخر إلى ذمة الأصيل، منها أنه يجب على المتعاقد مع الوكيل المسخر التنازل عن الاعتبارات التى تحول دون التعامل مع الأصيل وذلك من خلال التنازل عن طلب الإبطال، لأن هذه الاعتبارات شخصية ومتروك تقديرها له، وقد يرى أن مصلحته تقتضى بقاء العقد قائماً وفى هذه الحالة يمكنه التنازل عن دعوى البطلان من خلال التنازل عن الاعتبار الشخصى عن طريق إجازة العقد صراحة أو ضمناً بإبداء رغبته فى قيام الرابطة العقدية مع الأصيل مباشرة، ومن هذه الضوابط أنه يجب أن يبدى النائب رغبته فى التنازل عن الرابطة العقدية بينه وبين الغير المتعاقد معه، حيث بإمكانه كما سبق القول تجنب دعوى البطلان والآثار المترتبة عليها عن طريق إبداء رغبته فى انصراف آثار العقد فى ذمته المالية الإيجابية منها والسلبية، ومن ثم يجب أن يبدى رغبته فى التنازل عن صفته العقدية إلى الأصيل ومع التسليم

بأن قصده قد انصرف منذ البداية نحو التعامل لمصلحة هذا الأخير، إلا أنـــه متـــى أبدى رغبته فى قيام الرابطة العقدية بينه وبين المتعاقد معه فإنـــه يـــصبح طرفـــاً بالمعنى المادى فى العقد، وذلك يترتب عليه انتفاء حكم النيابة إضافة إلى أن التنازل عن الرابطة العقدية يقتضى موافقة المتنازل.

هذا ومن خلال إعداد هذه الرسالة فقد خلصت إلى النتائج التالية:

أولاً: أن الوكالة بالتسخير كنظام قانونى تتميز بعـــده خـــصائص منهـــا أن الوكيل المسخر وكيل عن آخر شأنه فى ذلك شأن سائر الوكلاء غيـــر أن وكالتـــه مستترة، وهو ما يميزه عن الوكيل العادى، كما أن الوكيل المسخر يبرم التصرفات القانونية باسمه الشخصى لا باسم الأصيل لأن عقد الوكالة المبرم بينه وبين الأخير يفرض عليه التزاماً بعدم الإفصاح عن صفته الحقيقية للغير وهذه الخاصية هى التى تميز الوكيل المسخر عن الوكيل العادى الذى يظهر نائباً عن الموكل فى تعاقده مع الغير، فضلاً عن أن الوكيل المسخر فى تعاقده مع الغير يـــتم لحـــساب ومـــصلحة الأصيل حيث تنصرف آثار العقد الذى أبرمه مع الغير من حقوق والتزامات إلـــى ذمته أولاً، والذى يلتزم بدوره بنقل هذه الآثار إلى ذمة الأصيل.

ثانياً: أن المشرع المصرى قد اعترف صراحة بالتعاقد بالوكالة بالتـــسخير وهو ما يبدو فى نص المادة ١٠٦ مدنى وذلك فى مواضع عدة على النحو التالى:

١- أباح المشرع فى المادة ٤٤٤ من قانون المرافعات الجديـــد أن يـــستعير الأشخاص أسماء غيرهم فى الدخول فى مزايدات البيوع القضائية، على أن يعلـــن الاسم المستعار عن ذلك خلال ثلاثة أيام من تاريخ المزايدة.

٢- وفى رسم الأيلولة على التركات افترض المشرع فى الفقرة الرابعة من المادة الرابعة (معدلة) من القانون ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ الخاص بفرض رســم أيلولـــة على التركات، أن المورث يستعير فى التصرفات أسماء فروعه وزوجـــه وأزواج فروعه واعتبر هؤلاء أسماء مستعارة.

٣- وفى مجال حماية حق التأليف، أباح المشرع بالمادة ٢٨ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٧٤ الخاص بحماية حق المؤلف أن يستعين المؤلف باسم مستعار يضعه على مؤلفه بحيث يظهر باعتباره المالك الظاهر للمصنف.

ثالثاً: أن الوكالة بالتسخير ليست إحدى صور الصورية النسبية التى ترد على الاسم، وذلك للاختلاف بين الوكالة بالتسخير والصورية النسبية التى ترد على الاسم من حيث التكوين والأحكام والآثار، ذلك أن الصورية بالتسخير تقتضى وجود اتفاق بين طرفى العقد على أن يستعير أحدهما اسم شخص من الأغيار والآخر بين المستعير للاسم وصاحب الاسم المستعار، أما فى الوكالة بالتسخير فإنها تقتضى وجود تصرفين جديين لا أثر للصورية فى أى منهما، الأول عقد الوكالة المبرم بين الموكل والوكيل المسخر والثانى يعقده الوكيل المسخر مع أحد الأغيار، وعلى ذلك فإن صاحب الاسم المستعار فى الصورية التى ترد على الاسم لا يكتسب صفة الطرف بالمفهوم الشكلى. ومن ناحية الأحكام فقد وضع المشرع للصورية بصفة عامة أحكاماً بالنسبة إلى المتعاقدين والخلف العام لهما تختلف عن أحكامها بالنسبة إلى الغير أى الدائنون والخلف الخاص، وقرر بأن العقد الذى ينفذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام لكل منهما هو العقد الحقيقى إعمالاً للمادة ٢٤٥ مدنى أما بالنسبة للغير فقد أجاز لهم التمسك بالعقد الصورى متى توافر شرط حسن النية أو بالعقد الحقيقى وفقاً لمصلحتهم، وأنه فى حالة تعدد الأغيار وتمسك بعضهم بالعقد الحقيقى وتمسك البعض الآخر بالعقد الصورى فإنه يفضل مصلحة من يتمسك بالعقد الأخير بشرط أن يكون حسن النية حماية لاستقرار المعاملات فى المجتمع طبقاً للمادة ٢٤٤ مدنى، ومن حيث الآثار فإن الصورية بالتسخير ووفقاً لنص المادة ٢٤٥ مدنى بأن العقد الحقيقى هو الذى يسرى فيما بين المتعاقدين والخلف العام، فإنه فى الصورية بالتسخير المستعير للاسم هو الذى تنصرف فى ذمته آثار التصرف دائناً أو مديناً - وليس صاحب الاسم المستعار أو المسخر على اعتبار أن الأول هو المتعاقد الحقيقى فى حين أن الثانى هو مجرد متعاقد صورى اقتصر دوره على إجراء مادى بحت، وهو التوقيع على العقد باسمه بينما فى الوكالة بالتسخير فإن آثار التصرف القانونى الذى يساهم فى تكوينه الوكيل المسخر تنصرف إلى ذمة

هذا الأخير والمتعاقد معه فيكون كل منهما الدائن والمدين للآخر بالحقوق والالتزامات الناشئة عن تعاقدهما وفقاً لنص المادة ١٠٦ مدنى.

كما أن فى الصورية بالتسخير يكون الغرض منها هو التغلب على مانع قانونى أو أدبى يحول دون ظهور المستعير للاسم بمظهر المتعاقد الحقيقى سواء أمام القانون أو أمام الغير فى حين أنه فى مجال الوكالة بالتسخير فكما يكون الغرض منها هو التغلب على مانع قانونى أو أدبى بين الموكل وطائفة الأغيار، إلا أنه فى الغالب يكون هناك مانع أو اعتبار أدبى يحول دون إتمام التعاقد بين الموكل والمتعاقد مع الوكيل المسخر مباشرة أو من خلال فكرة الوكالة الظاهرة. كما أنه فى الصورية عموماً فإن أساس تحديد من يعتبر من الغير يدور حول أن ضرورة استقرار المعاملات واعتبارات العدالة تستدعى حماية كل من عول على العقد الصورى واطمأن إليه معتقداً بحسن نيته جديته فى حين أنه فى مجال الوكالة بالتسخير فإن أساس تحديد من يعتبر من الغير يدور حول أن ضرورة استقرار المعاملات واعتبارات العدالة تستدعى حماية من وجه إليه التعبير عن الإرادة الصادر من الوكيل المسخر والذى لم يتضمن وعن عمد منه بياناً بصفته الحقيقية فى التعاقد مما يدفع من وجه إليه هذا التعبير إلى الاعتقاد بحسن النية أن صاحب هذا التعبير إنما يتعاقد لحسابه الشخصى - أضف إلى ذلك أن حسن النية فى نطاق الصورية بالتسخير يعنى عدم علم الغير علماً فعلياً وقت تعامله بصورية العقد الظاهر بين معير الاسم والمتعاقد معه، بل اعتقد أنه عقد جدى واطمأن إليه وبنى عليه تعامله فى حين أنه فى الوكالة بالتسخير فإن البحث لا يدور حول مدى توافر حسن النية أو عدم توافرها لدى المتعاقد مع الوكيل المسخر لأن مناط الاهتمام هو معرفة ما إذا كان قد علم علماً فعلياً بحقيقة صفة الوكيل المسخر فى التعاقد وكان علمه هذا بمعزل عن معطيات التعبير عن الإرادة الصادر من هذا الوكيل، فإننا نكون حكماً بصدد وكالة ظاهرة تخضع لأحكام المادة ١٠٥ مدنى أما إذا أمكن نسبة العلم الحكمى بحقيقة صفة الوكيل المسخر للمتعاقد معه فإن آثار العقد تنصرف فى ذمة الأصيل والمتعاقد مع الوكيل المسخر والذى يكون أجنبياً عن العقد.

كما أنه من المتفق عليه فقهاً وقضاء أنه يشترط لقيام الصورية وجود تعاصر زمنى بين التصرفين الظاهر الصورى والمستتر الحقيقى، إذاً لما كانت الصورية تفترض وتقتضى أن إرادة المتعاقدين لم تنصرف إلى إبرام العقد الأول فى حين اتجهت إلى إبرام الثانى فإن لزوم ذلك تعاصر التصرفين - فى حين أن الوكالة بالتسخير تفترض بالضرورة أن يكون عقد الوكالة بالتسخير بين الموكل والوكيل المسخر سابقاً حتماً بحكم اللزوم على تعامل هذا الأخير والمتعاقد معه. كما أن الوكيل المسخر يكتسب صفة الطرف بالمفهوم الشكلى وذلك يحول دون القول بالصورية التى ترد على الاسم فيما يتعلق بالعقد الذى يساهم الوكيل المسخر فى تشييده مع أحد الأغيار لأن إرادة الوكيل المسخر وليست إرادة الموكل هى التى تشارك فى إبرام العقد، وأخيراً إنه لا يوجد اتفاق بين الموكل والمتعاقد مع الوكيل المسخر ينصب على استعارة اسم هذا الأخير فى إبرام التصرف، فالفرض أن المتعاقد مع الوكيل المسخر لم يعلم حقيقة أو حكماً بصفة الوكيل المسخر الحقيقية فى المتعاقد وبالتالى لا يمكن اعتبار التوكيل صورياً.

رابعاً: أن الوكيل المسخر ليس من حقه الاستئثار بالصفقة التى عقدها لحساب الموكل، فإن كانت آثار العقد الذى يبرمه من حقوق والتزامات يتسلمها على سبيل الأمانة إلا أنها لا تستقر في يده، حيث يتعين عليه نقل هذه الآثار بعد ذلك إلى الأصيل لأن يده عليها يد أمين وليست يد مالك، ومن ثم فإذا تصرف فيها بأى وجه من أوجه التصرف سئل عن التصرف فى ملك الغير وإن بددها أو استولى عليها ورفض ردها سئل عن جريمة تبديد إعمالاً للمادة ٣٤١ عقوبات أو خيانة أمانه إعمالاً لنص المادة ٣٣٦ عقوبات.

خامساً: أن عقد الوكالة المبرم بين الموكل والوكيل المسخر لا يكفى لنقل آثار التصرف الذى أبرمه الأخير مع الغير إلى ذمة الموكل، بل يلزم إبرام عقد جديد لأن الاكتفاء بعقد الوكالة فى ذلك يصطدم مع فكرة الاعتبار الشخصى فى التعاقد لأن الفرض أن المتعاقد مع الوكيل المسخر لا يرغب من حيث المبدأ فى التعاقد مع الأصيل لاعتبارات معينة يملك تقديرها هو وهذه الاعتبارات منها ما هو متعلق بشخص الأصيل كسمعته، أو مماطلته فى تنفيذ التزاماته العقدية أو وجود

© Arabic Digital Library - Yarmouk University

عوامل شخصية أو عائلية أخرى تحول دون التعامل معه، ومنها ما هـو مـرتبط بذمته المالية كما لو كان مركزه المالى ليس على ما يرام. كما أن القول بذلك يخلق صعوبات عملية مستمدة من عملية نقل الآثار فى حد ذاتها، ذلك أن الوكيل المسخر يصبح طرفاً بالمفهوم المادى أو الموضوعى فى العقد وبالتالى فإن ثمار العقد تدخل فى ذمته المالية فيصبح الدائن والمدين فى مواجهة المتعاقد معـه، وبالتـالى فـإن خروجها من ذمته يقتضى من الناحية الفنية إبرام تصرف قانونى جديد كما أن الأخذ بالرأى القائل بكفاية عقد الوكالة يخلق عقبات تستمد من الناحية العمليـة، ويتـضح ذلك متى كان العقد بيعاً بثمن مقسط ومحله عقار معين حيث إنه يثور التساؤل حول كيفية نقل ثمار هذا العقد من ذمة النائب إلى ذمة الأصيل من خلال عقـد الوكالـة منفرداً، مما لا شك فيه أن هذا الأخير لا يصلح أن يكون تصرفاً قانونياً تتم بمقتضاه عملية النقل بل يجب تكوين تصرف قانونى آخر.

سادساً: أنه إذا كان المتعاقد مع الوكيل المسخر يعلم -حقيقـة أو حكمـاً- بصفة الوكيل المسخر الحقيقية فى التعاقد وكونه يتعاقد لمصلحه شخص محدد، ولم تكن له مصلحة فى تحديد الشخص الذى تتأثر ذمته الماليـة بثمـار العقـد، أو أن الوكيل المسخر قد أعلن - صراحة أو ضمناً - عن صفته الحقيقية فى التعاقد وأنه يتعاقد لمصلحه شخص محدد، فإن العلاقة القانونية تنـشأ مباشـرة بـين الأصـيل والمتعاقد مع الوكيل إعمالاً لنص المادة ١٠٦ مدنى.

سابعاً: أن الأصيل يعتبر من الغير بالنسبة للرابطة العقدية التى يتم تكوينها من خلال فكرة الوكالة بالتسخير والتى تتم بين الوكيل المسخر والغير المتعاقد معه، نظراً لأن الأصيل لم يشارك بإرادته فى إبرام العقد ومن ثم يعتبر أجنبياً عنه إعمالاً لمبدأ نسبية أثر العقد.

ثامناً: إن الوكيل المسخر لا يقع على عاتقة التزام بضرورة الإعـلان عـن صفته الحقيقية فى التعاقد وعما إذا كان يتعاقد بصفته نائباً عن شـخص محـدد أو يتعاقد لمصلحته الشخصية وذلك عند تعاقده مع الغير المتعاقد معه، لأن المشرع قد أعفى الوكيل المسخر من هذا الالتزام وهو ما نصت عليه المادة ١٠٦ مدنى بقولها «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً....».

تاسعاً: إذا أبدى النائب رغبته فى ضمان تنفيذ الأصيل للالتزامات الناتجة عن العقد ففى هذه الحالة تنشأ الرابطة العقدية وبقوة القانون بين المتعاقد مع النائب والأصيل مباشرة دون ما حاجة إلى إبرام عقد جديد ويكتفى فى هذا الشأن بإقرار يصدر من النائب، كما تنشأ الرابطة العقدية أيضاً إذا أبدى المتعاقد مع النائب رغبته فى قبول التعامل مع الأصيل، وذلك من خلال التنازل عن الاعتبارات التى كانت تحول دون ذلك.

عاشراً: أنه فى حالة وفاة الوكيل المسخر قبل نقل الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد الذى أبرمه مع الغير إلى ذمة الأصيل، تدخل هذه الآثار ضمن تركته، وبالتالى يلتزم ورثته من بعده بأداء رسم الأيلولة المقرر طبقاً للفقرة الرابعة من المادة الرابعة من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ الخاص بفرض رسم الأيلولة على التركات فضلاً عن التزامهم بنقل ثمار الرابطة العقدية إلى الأصيل على اعتبار أن التعاقد قد تم لحسابه منذ البداية.

وبناء على ذلك أقدم التوصيات الآتية:

أولاً: أن آثار العقد الذي يبرمه الوكيل المسخر مع الغير لا تنصرف في ذمة الأخير ولكنه يتسلمها في يده على سبيل الأمانة وبذلك تكون يده عليها يد أمين وليست يد مالك فإذا تصرف فيها بأي وجه من أوجه التصرف سئل عن التصرف في ملك الغير وإذا بددها سئل عن جريمة تبديد وإذا رفض ردها إلى الأصيل سئل عن جريمة خيانة الأمانة.

ثانياً: فى البيع بالمزاد العلنى حيث يستوى لدى جهة الإرادة المنظمة له التعامل مع الوكيل المسخر أو الأصيل، المهم أن تقبض الثمن من الراسى عليه المزاد. والمتبع عملاً فى هذه الحالة أن تسلم جهة الإدارة للراسى عليه المزاد مستنداً يفيد رسو المزاد عليه، وفى حالة التعاقد بوكيل مسخر يقدم الأخير إلى الشهر العقارى الأوراق التالية:

١- مستند رسو المزاد الصادر من الجهة الإدارية.

٢- عقد الوكالة بالتسخير والكشف عن شخصيته بأنه يتعاقد بصفته وكـيلاً مسخراً وذلك إعمالاً للمادة ٤٤٤ من قانون المرافعات والتى تقضى بأن يعلن الوكيل المسخر أنه دخل المزاد كوكيل مسخر خلال ثلاثة أيام.

وعلى الموثق أن يقوم بتسجيل التصرف باسم الأصيل دون حاجة إلى تقديم سند الملكية الذى يفيد ملكية الأصيل لهذا الحق كما تشترط ذلك المادتان ٩، ٢٢ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى التى تتطلب أن يقدم صـاحب الشأن سند الملكية ضمن الأوراق المطلوبة لتسجيل التصرف.

وعلى ذلك فإننى أدعو المشرع المصرى للتدخل لتعديل النصين المذكورين بما يسمح بتسجيل التصرف المذكور باسم الأصيل بما ينقل الحقوق إليه من الوكيل المسخر.

ثالثاً: إذا كانت مسألة تحديد مدى وجود العلم الحكمى من عدمـه متـروك تقديرها لقاضى الموضوع، فإنه يتعين عليه التصدى لها من خلال الضوابط التالية: أن توجد ظروف وملابسات أحاطت بتكوين العقد، وألا يكون المتعاقد مـع النائـب على علم حقيقى بصفة هذا الأخير فى التعاقـد، ويجـب أن تتـضمن الظـروف والملابسات ما يفيد بأن التعاقد يتم بطريق النيابة عن شخص محـدد، وأن تكـون الظروف والملابسات قاطعة فضلاً عن ضرورة وجودها فى أثناء التكوين الفعلـى للعقد، بحيث إذا تجاهل هذه الضوابط أو بعضها فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق نص القانون مما يخول لصاحب المصلحة الطعن على حكمه بطريق النقض.

بيان بأهم المختصرات المستخدمة في الرسالة

أولاً: المختصرات العربية:

صـ	رقم الصفحة
ق	قضائية
جـ	جزء
س	سنة
م.ن.م	مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة النقض المصرية.
*	مراجع لم يحدد لها تاريخ النشر.
□	مراجع لم يذكر عليها الناشر.

ثانياً: المختصرات الفرنسية:

ART	Article
AL	Alinéa
Bull. CIV	Bulletin civil de la cour de cassation
Cass.CIV	Coure de casation chambre civil
Cass.Com	Coure de cassation chambre Commerciale.
C.H.	Chronique.
D.	Dalloz.
ED	Edition
FASC	Fascuil
G.P	Gazette du palais.
J.C.P.	Juris-classeur Periodique (Semain Juridique)
J.C.	Juris classeur civil.
	Librairie generale De droit et de juris prudence.
No	Numero.
op. cit	Ouvrage cite
PA.	Paragraphe.
P.	Page
Prec.	Precite
Req.	Cour de cassation chambre des requetes.
R.T.D.civ	Revue trinestriell de droit civil.

Ru	Rubrique.
S.	Sirey.
Som.	Sommaire.
T.	Tome.
th.	These.
V.	Volume.
Civ.	Civil
DR.	Droit

قائمة بأهم مراجع الرسالة

المراجع العربية

أولاً: المراجع الشرعية

١- إبن عابدين(*)□.

٢- السرخسي - المبسوط في الفقه الحنفي(*)□.

٣- الشاطبي - الموافقات في أصول الشريعة(*)□.

٤- الشربيني الشافعي - مغني المحتاج(*)□.

٥- الرملي - نهاية المحتاج(*)□.

٦- المغني (فقه الحنابلة) (*)□.

٧- بداية المجتهد(*)□.

٨- تكملة المجموع(*)□.

٩- د. حسن الشاذلي - المدخل للفقه الإسلامي(*)□.

١٠- الشيخ/ علي الخفيف - مذكرة في النيابة عن الغير في التصرف - محاضرات ألقيت على طلاب الدراسات العليا -كلية الحقوق - جامعة القاهرة

١١- د. محمد أنيس عبادة -المنتقى في تاريخ التشريع الإسلامي(*)□.

١٢- الشيخ/ محمد أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية(*)□.

ثانياً: المراجع العامة:

١- دكتور/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل: نظرية الإلتزام جـ١ المصادر الإرادية للإلتزام - العقد والإرادة المنفردة - مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٥.

٢- دكتور/ أحمد إبراهيم: أحكام التصرف عن الغير - القاهرة ١٩٤١□.

٣- دكتور/ أحمد حسن البرعي: نظرية الإلتزام فى القانون المغربى -مصادر الإلتزام - العقد - دار الثقافة - الدار البيضاء -المغرب(*).

٤- دكتور/ أحمد حشمت أبو ستيت: نظرية الالتزام عام ١٩٥٤□.

: مصادر الالتزام ١٩٦٣ دار الفكر العربى.

: نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ١٩٤٥ مكتبة عبد الله وهبه.

٥- دكتور/ أحمد سلامة: مصادر الالتزام ١٩٧٤□.

: مذكرات فى نظرية الالتزام - مصادر الالتزام ١٩٧٥ □.

٦- دكتور/ أحمد محمود سعد: مصادر الالتزام فى القانونين المصرى واليمنى (دراسة مقارنة) العقد والإرادة المنفردة ١٩٩٠، دار النهضة العربية.

٧- دكتور/ إسماعيل غانم: فى النظرية العامة للالتزام، جـ٢، أحكام الالتزام والإثبات ١٩٦٧ مكتبة عبد الله وهبة.

: النظرية العامة للالتزام -مصادر الالتزام، جـ١، ١٩٦٨، دار النهضة العربية.

٨- دكتور/ أكثم الخولى: العقود التجارية ١٩٥٧ مطبعة نهضة مصر.

: الوسيط فى القانون التجارى، جـ٤، العقود التجارية الطبعة الأولى ١٩٥٨، مطبعة نهضة مصر.

٩- المستشار/ أنور العمروسي: الصورية وورقة الضد فى القانون المدنى دار المطبوعات الجامعية(*).

: التعليق على نصوص القانون المدنى المصرى، جـ١ ١٩٧٨□.

١٠- دكتور/ أنور سلطان: مصادر الالتزام -الوجيز فى النظرية العامة للالتزام ١٩٨٣، دار النهضة العربية.

: النظرية العامة للالتزام جـ٢ أحكام الالتزام ١٩٦٢ دار المعارف بمصر.

١١- دكتور/ برهام محمد عطا الله: أساسيات نظرية الالتزام في القانونين المصري واللبناني ١٩٩٢ -المكتبة القانونية -الدار الجامعية.

١٢- دكتور/ توفيق حسن فرج: النظرية العامة للالتزام -نظرية العقد ١٩٦٩،المكتب المصري الحديث.

١٣- دكتور/ ثروت حبيب: المصادر الإرادية للالتزام في القانون المدني الليبي منشورات جامعة قار يونس، سنة ١٩٧٨.

١٤- دكتور/ جميل الشرقاوي: مصادر الالتزام ١٩٩٥، دار النهضة العربية.

١٥- دكتور/ جلال علي العدوي: الموجز في مصادر الالتزام ١٩٩٥، منشأة المعارف بالإسكندرية.

: قواعد الإيجار ١٩٦٨□.

١٦- دكتور/ حامد زكي: دروس في الالتزامات -الطبعة الأولى ١٩٤٧، مكتبة عبد الله وهبة.

١٧- دكتور/ حسام الدين الأهواني: النظرية العامة للالتزامات -مصادر الالتزام، الطبعة الثانية ١٩٩٥□.

١٨- دكتور/ حسني المصري: القانون التجاري -العقود التجارية -الطبعة الأولى، ١٩٨٨□.

١٩- دكتور/ حلمي بهجت بدوي: أصول الالتزامات -الكتاب الأول في نظرية العقد، القاهرة ١٩٤٣، مطبعة نوري بالقاهرة.

٢٠- دكتور/ حمد الله محمد حمد الله: الوكيل بالعمولة للنقل -دار النهضة العربية، ١٩٩٢.

٢١- دكتور/ حمدي عبد الرحمن: مصادر الالتزام -نظرية العقد عام ١٩٩٤□.

: مصادر الالتزام -العقد والإرادة المنفردة عام ١٩٩٩□.

٢٢- دكتور/ رضا عبيد: القانون التجاري -الطبعة الخامسة ١٩٨٦□.

٢٣- دكتور/ رمضان أبو السعود: أحكام الالتزام ١٩٩٨ دار المطبوعات الجامعية.

٢٤- دكتور/ زكي زكي الشعراوي: العقود التجارية في القانون والفقه والقضاء المصري - دار النهضة العربية(✱).

٢٥- دكتورة/ سوزان علي حسن: مسئولية الوكيل بالعمولة -للنقل في النقل الداخلي والدولي والمتعدد الوسائط ١٩٩٩، منشأة المعارف بالأسكندرية.

٢٦- دكتور/ سليمان مرقص: نظرية العقد ١٩٥٦، دار النشر للجامعات المصرية

: الوافي في شرح القانون المدني، جـ٢ في الالتزامات المجلد الأول -نظرية العقد - الطبعة الرابعة، ١٩٨٧□.

: الوافي في شرح القانون المدني - أحكام الالتزام ١٩٩٢، تنقيح دكتور/ حبيب إبراهيم الخليلي□.

: أحكام الالتزام ١٩٥٧ - دار النشر للجامعات المصرية.

٢٧- دكتورة/ سميحة القليوبي: الموجز في القانون التجاري ١٩٧٨، دار النهضة العربية.

: عقود الوكالات التجارية ١٩٨٠، دار النهضة العربية.

: شرح العقود التجارية - الطبعة الثانية ١٩٩٢، دار النهضة العربية.

٢٨- دكتور/ سمير عبد السيد تناغو ودكتور/ نبيل إبراهيم سعد: النظرية العامة للالتزام، جـ١مصادر الالتزام ١٩٩٣، دار المعرفة الجامعية بالإسكندرية.

٢٩- دكتور/ سمير عبد السيد تناغو: المبادئ الأساسية في نظرية الالتزام -مصادر الالتزام منشأة المعارف بالإسكندرية(✱).

٣٠- دكتور/ شفيق شحاته: الالتزامات في القانون الروماني ١٩٥٥□.

٣١- دكتور/ عبد الحميد الشواربي: القانون التجاري -العقود التجارية في ضوء الفقه والقضاء منشأة دار المعارف بالإسكندرية(✱).

: الصورية في ضوء الفقه والقضاء ١٩٨٦ نادي القضاء.

٣٢- دكتور/ عبد الحميد محمود البعلي: ضوابط العقود -دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه -مكتبة وهبه(✱).

٣٣- دكتور/ عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزام -مصادر الالتزام -العقد والإرادة المنفردة، جـ١، ١٩٥٨□.

: النظرية العامة للالتزام، جـ١، ١٩٦٢□.
: النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي "دراسة مقارنة"، جـ١ المصادر الإرادية -العقد والإرادة المنفردة - المجلد الثاني ١٩٨٢، مطبوعات جامعة الكويت.
٣٤- دكتور/ عبد الرشيد مأمون: المسئولية العقدية عن فعل الغير - دار النهضة العربية(*).
٣٥- دكتور/ عبد الرزاق السنهوري: في التصرف القانوني والواقعة القانونية دروس لقسم الدكتوراه جامعة القاهرة، ٥٣/ ١٩٥٤□.
: الوسيط في شرح القانون المدني، جـ٧، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل ١٩٦٤، دار النهضة العربية.
: الوجيز في شرح القانون المدني، جـ١، طبعة ١٩٦٦□.
: الوسيط في شرح القانون المدني، جـ١(*)□.
: الوسيط في شرح القانون المدني، جـ٢،المجلد الثاني، الطبعة الثانية(*)□.
: الوسيط في شرح القانون المدني، جـ٤، الطبعة الثانية(*)□.
: شرح القانون المدني -النظرية العامة للالتزامات نظرية العقد -منشورات محمد الداية - بيروت(*).
: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد جـ٢ دار إحياء التراث - بيروت لبنان(*).
: الوسيط في شرح القانون المدني، جـ٧، المجلد الأول العقود الواردة على العمل - الطبعة الثانية ١٩٨٩، دار النهضة العربية - تنقيح المستشار/ مصطفى الفقي والدكتور/ عبد الباسط جميعي.
: مصادر الإلتزام ١٩٥٨□
٣٦- دكتور/ عبد العزيز المرسي حمود : التعاقد بإسم مستعار ١٩٩٨□.
٣٧- دكتور/ عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة - دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي ١٩٨٤□.

: مصادر الالتزام فى القانون المدنى الكويتى - نظريـــة العقـــد والإرادة المنفردة - دار الكتاب الحديث سنة ١٩٨٨.

٣٨- دكتور/ عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام ١٩٥٨□.

: نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى، جـ١، دار النهضة العربية ١٩٩٠.

٣٩- دكتور/ عبد المنعم البدراوى: القانون الرومانى ١٩٤٩□.

: القانون الرومانى - مطبعة دار الكتاب العربى القاهرة ١٩٥٢.

: النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام ١٩٧٥، مكتبـة سيد عبد الله وهبه.

: النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى، جـ١، مصادر الالتزام ١٩٨٩□.

: النظرية العامة للالتزام، جـ٢، أحكام الالتــزام، دار النهـضة العربية(*).

: النظرية العامة للالتزامات -دراسة مقارنة فى قانون الموجبات والعقود اللبنانى والقانون المدنى المصرى - مصادر الالتــزام، دار النهضة العربية - بيروت(*).

: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المـصري جـ٢ أحكام الالتزام مكتبة عبد الله وهبه(*).

٤٠- دكتور/ عبد الناصر توفيق العطار: مصادر الالتزام(*)□.

٤١- دكتور/ عبد الهادى العطافى: نظرية العقد - مـصادر الالتــزام ١٩٨٣، دراسـة مقارنة بالشريعة الإسلامية□.

٤٢- دكتور/ عبد الودود يحيى: الموجز فى النظرية العامة للالتزامـات - القـسم الأول مصادر الالتزام ١٩٩٠□.

: الموجز في النظرية العامة للالتزامات - القسم الثـاني أحكـام الالتزام ١٩٨٦ دار النهضة العربية.

٤٣- المستشار/ عز الدين الدناصورى، و دكتور/ عبد الحميد الشواربى: الصورية فـى ضوء الفقه والقضاء ١٩٨٦، نادى القضاة.

٤٤- دكتور/ عصام أنور سليم: الوكالة الساترة للبيع - منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٩٥.

٤٥- دكتور/ على البارودى: العقود وعمليات البنوك التجارية - منشأة المعارف بالإسكندرية(*).

٤٦- دكتور/ على جمال الدين عوض: العقود التجارية عام ١٩٥٩، دار النهضة العربية.

: العقود التجارية عام ١٩٨٢، دار النهضة العربية.

٤٧- دكتور/ على حسن يونس:العقود التجارية، وعمليات البنوك -دار الحمامى للطباعة(*).

٤٨- دكتور/ فريد مشرقى: أصول القانون التجارى المصرى، جـ١، الطبعة الثانية ١٩٥٤□.

٤٩- دكتور/ قدرى عبد الفتاح الشهاوى: أحكام عقد الوكالة فى التشريع المصرى والمقارن منشأة المعارف بالإسكندرية(*).

٥٠- دكتور/ مجدى حسن خليل: القانون الزراعى ١٩٩٧□.

٥١- دكتور/ مراد منير فهيم: القانون التجارى - العقود التجارية وعمليات البنوك ١٩٨٢، منشأة المعارف بالإسكندرية.

٥٢- دكتور/ محسن شفيق: الوسيط فى شرح العقود التجارية، جـ٢(*)□.

: الموجز فى القانون التجارى - العقود التجارية(*)□.

: الوسيط فى القانون التجارى، جـ٢(*)□.

٥٣- دكتور/ محسن عبد الحميد إبراهيم البيه: النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام، جـ١، المصادر الإرادية -مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة(*).

٥٤- دكتور/ محمد بهجت عبد الله قايد: العقود التجارية ١٩٩٥ الطبعة الأولى، دار النهضة العربية.

٥٥- دكتور/ محمد حسنى عباس: العقد والإرادة المنفردة ١٩٥٩، مكتبة النهضة المصرية.

٥٦- دكتور/ محمد شكرى سرور: موجز الأحكام العامة للالتزام الطبعة الأولى ١٩٨٥، دار الفكر العربى.

٥٧- المستشار/ محمد صالح: العقد فى قانون المعاملات المدنية مقارناً بالشريعة الإسلامية(*)□.

٥٨- دكتور/ محمد صبرى السعدى: شرح القانون المدنى الجزائرى - النظرية العامة للالتزامات، جـ١، مصادر الالتزام -الكتاب الأول، التصرف القانونى - الطبعة الأولى ١٩٨٦□.

٥٩- دكتور/ محمد على البدوى: النظرية العامة للالتزام، جـ١، مصادر الالتزام الطبعة الثانية ١٩٩٣، منشورات الجامعة المفتوحة.

٦٠- دكتور/ محمد على عمران: الوجيز فى آثار الالتزام ١٩٨٤، مكتبة سعيد رأفت.

٦١- دكتور/ محمد كامل مرسى: شرح القانون المدنى الجديد - العقود المسماه، جـ١، طبعة ١٩٥٢□.

٦٢- محمد كمال عبد العزيز - المحامى: القانون المدنى - مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ١، التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه - مكتبة القاهرة الحديثة - الطبعة الثانية عام ١٩٨٠.

٦٣- دكتور/ محمد لبيب شنب: مصادر الالتزام ١٩٧٦□.

: دروس فى نظرية الالتزام - مصادر الالتزام ١٩٧٧، دار النهضة العربية.

: أحكام الالتزام وإثباته(*)□.

٦٤- دكتور/ محمد لبيب شنب ودكتور/ حسن أبو النجا: إثبات وأحكام الالتزام ١٩٩٤□.

٦٥- دكتور/ محمود جمال الدين زكى: الوجيز فى نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى، جـ١، مصادر الالتزام -الطبعة الثانية، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٦.

: مصادر الالتزام عام ١٩٧٨□.

: نظرية الالتزام في القانون المدني المصري جـ٢ أحكام الالتزام ١٩٦٧ مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر.

: الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى طبعة ١٩٧٨، مطبعة جامعة القاهرة.

٦٦- دكتور/ محمود سمير الشرقاوى: القانون التجارى، جــ٢، ١٩٨٠، دار النهضة العربية.

: القانون التجارى، جـ٢، ١٩٨٤، دار النهضة العربية.

٦٧- دكتور/ مصطفي عبد الحميد عدوى: النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام الطبعة الأولى ١٩٩٣م□.

٦٨- دكتور/ مصطفى كمال طه: الشروط الموضوعية لشهر الإفلاس، جـ٢(✲)□.

٦٩- دكتور/ مصطفى محمد الجمال: شرح أحكام القانون المدنى -مصادر الالتزام منشأة دار المعارف بالإسكندرية ١٩٩٠.

: القانون المدنى فى ثوبه الإسلامى - مصادر الالتزام، الطبعة الأولى(✲)□.

٧٠- المستشار/ معوض عبد التواب: الشفعة والصورية وفقاً لأحكام النقض ١٩٨٦□.

٧١- دكتور/ منذر الفضل: النظرية العامة للالتزامات - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقوانين المدنية الوضعية، جـ١، مصادر الالتزام مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - الأردن ١٩٩٢، الطبعة الثانية.

٧٢- دكتور/ منصور مصطفى منصور: دور الإرادة فى تكوين التصرف القانونى - خلاصة دروس لطلبة دبلوم الدراسات العليا فى القانون الخاص - كلية الحقوق، جامعة عين شمس ١٩٩٢□.

: المصادر الإرادية للإلتزام دروس لطلبة كلية الحقوق جامعة الكويت ١٩٨٨□.

: مصادر الالتزام - خلاصة دروس لطلبة حقوق عين شمس، مطبوعة على الآلة الكاتبة(✲)□.

٧٣- دكتور/ فايز نعيم رضوان: الوجيز فى القانون التجارى ١٩٩٨، دار النهضة العربية.

٧٤- دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد: أثر عدم إعلان النائب عن صفته الحقيقية فى التعاقد وفقاً للقانونين الكويتى والمصرى عام ٢٠٠١، الرسالة الدولية للطباعة.

٧٥- دكتور/ نبيل إبراهيم سعد: النظرية العامة للالتزام، جـ١، مصادر الالتزام -العقد، دار المعرفة الجامعية ١٩٩٢.

٧٦- دكتورة/ نبيله رسلان: القيود التشريعية على حرية التأجير والإستئجار فى ضــوء أحكام القضاء والفقه سنة ١٩٨٩، دار النهضة العربية.

: دروس في أحكام الالتزام والإثبات ١٤١٩هـ□.

٧٧- دكتور/ هانى محمد دويدار: العقود التجارية والعمليــات المــصرفية ١٩٩٤، دار الجامعة الجديدة للنشر.

ثالثاً: رسائل الدكتوراه:

١- دكتور/ أحمد مرزوق: نظرية الصورية في التشريع المصرى - رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة عام ١٩٥٧.

٢- دكتور/ جمال مرسى بدر: النيابة في التصرفات القانونية - طبيعتها وأحكامها، رسالة دكتوراه عام ١٩٥٤ - جامعة الإسكندرية، مطابع البصير بالإسكندرية.

٣- دكتور/ سمير إسماعيل: الإعتبار الشخصى في التعاقد - رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية عام ١٩٧٥.

٤- دكتور/ طه عوض غازى: النيابة التعاقدية في القانون الرومانى والشريعة الإسلامية - رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٩١.

٥- دكتور/ عاطف محمد كامل فخرى: الغير في القانون المدنى المصرى - رسالة دكتوراه جامعة الإسكندرية عام ١٩٧٦.

٦- دكتور/ مجدى حسن خليل: الصورية - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس، عام ١٩٩٢.

٧- دكتور/ محمد حمدى مكى: النيابة في التصرفات القانونية في الفقه المقارن - رسالة دكتوراه جامعة القاهرة عام ١٩٨٦.

٨- دكتورة/ نجوى فوزى شفيق: التصرف عن الغير في القانون المدنى - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة عام ١٩٩٤.

٩- دكتور/ وليم سليم قلاده: التعبير عن الإرادة في القانون المدنى المصرى - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة عام ١٩٥٥، المطبعة التجارية الحديثة بالقاهرة.

١٠- دكتور/ يوسف المرصفى: النيابة في التعاقد في الفقه الإسلامى - رسالة دكتوراه جامعة القاهرة عام ١٩٨٠.

رابعاً: الأبحاث:

١- دكتور/ سليمان مرقص: قوة المحررات العرفية فى الإثبات - بحث منشور فى مجلة القانون والاقتصاد - السنة ١٤، الأعداد الثالث والرابع والخامس - مارس وإبريل ومايو ١٩٤٤.

٢- دكتور/ شفيق شحاته: نظرية النيابة فى القانون الرومانى والشريعة الإسلامية - بحث منشور فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية عام ١٩٥٩ - العدد الأول.

٣- عبد العزيز فهمى: قواعد وآثار فقهيه رومانية - منشورات كلية الحقوق - جامعة فؤاد الأول - القاهرة ١٩٤٧.

٤- دكتور/ محمد زكى عبد المتعال: الشخصية المستعارة تكييفها القانونى وآثارها الحتمية فى القانون والفقه والقضاء - بحث منشور فى مجلة المحاماة المصرية - العدد الرابع إبريل عام ١٩٦٩.

٥- دكتور/ فيصل ذكى عبد الواحد: ضوابط وحدود المظهر الجديد للرابطة العقدية فى القانون المدنى الكويتى - بحث منشور فى مجلة المحامى الكويتية، السنة ١٧، عدد يناير وفبراير ومارس عام ١٩٩٦.

٤٩٩

خامساً: المقالات:

١- دكتور/ عبد الباسط جميعي: الوكالة الظاهرة - مقال بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة ٥، العدد الثانى(*).

٢- الأستاذ/ أحمد رفعت خفاجي: الصورية والتصرف القانوني - مقال في مجلة المحاماه السنة ٣٤(*).

سادساً: المحاضرات

١- دكتور/ عبد الحي حجازي: محاضرات في العقود التجارية(*)، مطبعة نهضة مصر.

٢- دكتور/ عبد المنعم فرج الصدة: محاضرات في القانون المدني - نظرية العقد في قوانين البلاد العربية - محاضرات إلقاها بمعهد الدراسات العربية العالمية ١٩٥٨□.

٣- دكتور/ مصطفى الزرقا: محاضرات في القانون المدني السوري ١٩٥٤، معهد الدراسات العربية العالمية□.

سابعاً: مجموعات الأعمال التحضيرية والمذكرات الإيضاحية.

١- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى.

٢- المذكرة الإيضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى المصرى.

٣- المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى الكويتى.

ثامناً: أحكام القضاء:

أولاً: أحكام المحاكم الجزئية والابتدائية والإستئناف:

١- حكم محكمة الإسكندرية التجارية الجزئية ٩ فبراير ١٩٤١ - المحاماه السنة ٢١.

٢- حكم محكمة طنطا الكلية ١٩٣٣/٢/٢ - المحاماة السنة ١٤.

٣- حكم محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٦٤/١١/٢٨ - مجلة قضايا الحكومة السنة ١٠.

٤- حكم محكمة الإستئناف المختلط جلسة ١٩ إبريل ١٩٢٢.

٥- حكم محكمة إستئناف مصر ١٣ ديسمبر ١٩٢٧.

٦- إستئناف مختلط ١٩٢٩/١/١٥.

٧- إستئناف مختلط ١٩٣٧/٤/٢٢.

٨- حكم محكمة إستئناف القاهرة ١٤ فبراير ١٩٥٦.

ثانياً: أحكام النقض:

١- نقض مدني جلسة ١٩٤٣/٤/١٥ الطعن رقم ٦٣ لسنة ١٢ق.

٢- نقض مدني جلسة ١٩٤٩/١٢/١ السنة ٣ م. ن. م.

٣- الطعن رقم ٢٩٤ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٦/٣/٢٢.

٤- نقض مدني ١٩٥٦/٤/٥ السنة ٧ م.ن.م.

٥- الطعنان رقما ٣٧٩، ٣٨٢ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨.

٦- نقض مدني جلسة ١٩٥٦/١٢/٢٨ م.ن.م السنة ٧.

٧- نقض مدني، جلسة ١٩٦١/١١/٢٣ م.ن.م السنة ١٢.

٨- نقض مدني جلسة ١٩٦٢/١/٤ م.ن.م السنة ١٤.

٩- نقض مدني جلسة ١٩٦٣/٤/٢٥ السنة ١٤ م.ن.م.

١٠- نقض مدني جلسة ١٩٦٣/٥/٢٣ السنة ١٤ م.ن.م.

١١- الطعن رقم ٣٦٦ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٣/٥/٢٧.

١٢- نقض مدني جلسة ١٩٦٤/٣/١٩ السنة ١٥ م.ن.م.

١٣- نقض مدني جلسة ١٩٦٤/٦/٢٦ الطعن رقم ١٧ لسنة ٣٠ق.

١٤- الطعن رقم ١٧ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٤/١١/٢٦.

١٥- نقض مدني جلسة ١٩٦٤/١٢/٣١ السنة ١٥ م.ن.م.

١٦- نقض مدنى جلسة ١٩٦٥/١٢/٩ السنة ١٦ م.ن.م.
١٧- الطعن رقم ٣٥٥ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٣/٨.
١٨- نقض مدنى جلسة ١٩٦٦/٣/١٠ السنة ١٧ م.ن.م.
١٩- نقض مدنى جلسة ١٩٦٦/٥/٥ السنة ١٧ م.ن.م.
٢٠- نقض مدنى جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٩ السنة ١٧ م.ن.م.
٢١- نقض مدنى جلسة ١٩٦٩/٤/٢٩ السنة ٢٠ م.ن.م.
٢٢- نقض مدنى جلسة ١٩٦٨/١١/٢٦ السنة ١٩ م.ن.م.
٢٣- الطعن رقم ٢٦٤ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٠/١/٢٩.
٢٤- الطعن رقم ٥٨١ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٠/٥/٢٨.
٢٥- الطعن رقم ١٧٨ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٧٠/٧/٥.
٢٦- نقض مدنى جلسة ١٩٧١/٤/٢٢ السنة ٢٢ م.ن.م.
٢٧- الطعن رقم ٣١٨ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٢/١/١١.
٢٨- الطعن رقم ١٦٢ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٢/٤/٦.
٢٩- نقض مدنى جلسة ١٩٧٢/١١/٢٨ السنة ٢٣ م.ن.م.
٣٠- الطعن رقم ١٠٢ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٣/٦/٧.
٣١- نقض مدنى جلسة ١٩٧٣/١١/٢٨ السنة ٢٣ م.ن.م.
٣٢- الطعنان رقما ٣٩٦، ٣٩٨ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٤/٣/١٢.
٣٣- نقض مدنى جلسة ١٩٧٤/٤/٩ السنة ٢٥ م.ن.م.
٣٤- نقض مدنى جلسة ١٩٧٤/٤/١٩ السنة ٢٥ م.ن.م.
٣٥- نقض مدنى جلسة ١٩٧٥/١/٢٦ السنة ٢٦ م.ن.م.
٣٦- نقض مدنى جلسة ١٩٧٥/١١/٢٧ السنة ٢٦ م.ن.م.
٣٧- نقض مدنى جلسة ١٩٧٦/١٠/١٩ السنة ٢٧ م.ن.م.
٣٨- الطعن رقم ١٢٨٣ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/٦/١٦ (غير منشور).
٣٩- الطعن رقم ٨٧٨ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٩.
٤٠- الطعن رقم ٦٨١ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٠/٢/١٠.
٤١- الطعن رقم ١٢٧١ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٠/٣/٥.
٤٢- الطعن رقم ٦٤٨ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

٤٣- الطعن رقم ١٤٢ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨١/١٠/٢٦.
٤٤- الطعن رقم ١٤٣٣ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٢/٦/٨.
٤٥- الطعن رقم ٦٩٢ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٨.
٤٦- الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨٣/٤/١٨.
٤٧- الطعن رقم ٧٣٢ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٥/١/١٦.
٤٨- الطعن رقم ٦٨١ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٥/٢/١٠.
٤٩- الطعن رقم ٩٢٢ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٥/٥/٩.
٥٠- الطعن رقم ١٦٥٠ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٨٦/١١/٢٠.
٥١- الطعن رقم ١ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٨٩/٣/٥.
٥٢- الطعن رقم ١١٥٥ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٩/٥/٣١.
٥٣- الطعن رقم ٢٠٨٣ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٩٠/١/٢٩.
٥٤- الطعن رقم ٣١ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩٠/٥/٢٨.
٥٥- الطعن رقم ٢١٥٠ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٢.
٥٦- الطعن رقم ١٣١٦ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٢/٧/١٩.
٥٧- الطعنان رقما ٢٤٣٧، ٢٤٦٦ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٣/٥/٣.
٥٨- الطعن رقم ٤٩٩٦ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٣/١١/٧.
٥٩- الطعن رقم ٦٤لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٢١.
٦٠- الطعن رقم ٧٣١ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٥.
٦١- الطعن رقم ٤٨٦٤ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٥/٣/١٣.
٦٢- الطعن رقم ١١٩ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٥/٤/١٩.
٦٣- الطعن رقم ٤٠١٤ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٧/١/٣٠.
٦٤- الطعن رقم ٥٥٧٦ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٧/١١/١.
٦٥- الطعن رقم ٦٠٣٦ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٧/١٢/٨.
٦٦- الطعن رقم ٤٣٨٤ لسنة ٦٧ق جلسة ١٩٩٩/٦/٢ (حكم غير منشور).
٦٧- الطعن رقم ٢٤٢٩ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٢/٢/٢٦ (حكم غير منشور).
٦٨- الطعن رقم ٣٢٠ لسنة ٧١ق جلسة ٢٠٠٢/٤/١١ (حكم غير منشور).
٦٩- الطعن رقم ٦٣٤١ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠٢/٥/١٦ (حكم غير منشور).

٧٠- الطعن رقم ٨١٣٧ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠٢/٥/٢٨ (حكم غير منشور).
٧١- الطعن رقم ٨٣٥٧ لسنة ٦٥ق جلسة ٢٠٠٢/٦/١٠ (حكم غير منشور).
٧٢- الطعن رقم ٢٩ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٢/١١/١١ (حكم غير منشور).
٧٣- الطعن رقم ١٨٦٧ لسنة ٧٣ق جلسة ٢٠٠٤/٧/١٤ (حكم غير منشور).

المراجــع الأجنبــية

أولاً: المراجع الإنجليزية:

1- Halisbury, S. laws of London, Vol. I, par. 490et seq.

2- Chitty on contracts, London 1961, Vol. II, par. 64 et seq.

3- Sutton and Channon on contracts, London 1963, Arts, 169 et seq.

4- Anson on contract and Agency, London 1959, par. 518 et seq.

5- Restatement, Znd (1958); Agency, sections 209 et seq.

6- Mechem, outlines of the law of Agency, chieago 1952, sect. 145 et seq.

ثانياً: المراجع الفرنسية:

1- A. Bénabent, les obligations, 7e éd., 1999.

2- Adde David, de l'action en déclaraion de simulation, thése, poitier 1921.

3- AUBRY et RAU: Cours de droit civil Francais. 4é, éd T.8, 1878.

4- ASKARA et ROHYMAR: le commerciale contrats, Al. 685 et ROBEER, Al. 2350, 1871.

5- BREDIN: Remarques sur la conception Jurisprudentielle des actes simules, R.T.D, civ, 1956, et Rev. trim. Dr. civ. 1952.

6- BANDRY LA cantenaire et Fahl: le contrat de la procuration, P. 424, 1887.

7- B. Beignier, mote sous CA limoges, 10 mai 1993, D. 1994.

8- BEUDANT: Dans son commentaire relatef au jugement du tribunal Francais de cassation, Paris 1926, et note D. 1993. 1. 369.

9- (J) CARBONNEIR: Droit civil, les obligations, 10é, éd., P.U.F., coll. Thémis, 1979.

10- CHARDIN(N): le contrat de consommation de credit et l'autonomie de la volonte, 1988, (L.G.D.J.)

11- Couchez, procédure civile, sirey, 2e éd., 1981.

12- COST: le prête - Nom, T. 12, 1947 et thése, 1886.

13- (F) COLLARTDUTILLEUL et (PH) DELEBECOUE: Contrats civils et commerciaux, 1991, ed Dalloz.

14- DAGOT: la simulation en droit privé, thése, L.G.D.J. 1967 et 1969

15- Demolombe, traité de contrats, L.XX1X, 1876.

16- DIMANT et SANTIR: traite de droit privé, T.8 paris 1878.

17- DIRATON: le prête -Nom, T.18 paris 1921.

18- DRANTON: le contrat de laprocusation, T.18 paris 1906.

19- Du prête – nom thése caen. 1898.

20- Dymoj: Traite des obligations en jeneral T. 1 paris 1923.

21- Dymolomp: le droit Romain, Bruxelle, T.14, 1881.

22- FRANCOIS(T), PHILIPPE(S) et YVES(L): droit civil, les obligations, 5é, éd, 1993, DALLOZ.

23- (C.D), FRANCOIS et (PH), DELEBECOUE, contrats civils et commerciaux, 1991, ed DALLOZ.

24- F. Leduc, Réflexions sur la convention de prête – nom, RTD, civ. 1999.

25- Flavian, Des contre – lettre, thése paris, 1929.

26- FLETTET:(G): Des contrats concernants la compte du tiers, paris 1950.

27- F. Collard – dutilleul et ph. Delebecque, contrats civils et commerciaux, 4e éd., 1998.

28- Fourcade, la simulation, thése, 1886.

29- GURAZ: Manuel élémentaire (G) "Traite a delle obbligazioni mel" Ed, 6 paris 1887.

30- GUWARD: le contrat de la procuration, Al, 21 paris, 1918.

31- G. Marty et P. Roynaud, les oligations, T.L. les sources, 2e éd., Sirey, 1988.

32- GESTIN (J) et GOUBEAUX(G): traité de droit civil, 2é, éd, 1982, L.G.D.J. et réq. Civ. D. V° simulation, 2e éd., 1975.

33- Ghestin, article préc., n° 26.

34- JAK ANDRE: Dans son commentaire syri 1935.

35- J. Flour, J.L. Aubert et E. Savaux, les obligations, T.I., 9e éd., Amand colin, 2000.

36- Jousran: Cours de droit civil positif francais, T. 11, Paris, 1933.

37- J. Carbonnier, les obligations, 22e éd., P.U.F., 2000.

38- J. Ghestin et M. Billian, les effets du contrat, 3e éd., LGDJ, 2001.

39- JOUSRAN: Cours de droit civil positif Francais, T.11, paris, 1933.

40- Ki K: Manuel des institutions juridiques des romains 1918 paris.

41- KORNEEL: le droit romain, Bruxelle, 1921.

42- LACOUD et BOTRON: le contrat de la procusation, paris 1918.

43- (CH) LARROUMET: droit civil les obligations, le contrat, T.111, 2e, éd.

44- LORAN: Principes de droit civil Francais, T. 19, 1878, Bruxelles et paris.

45- LYON et CAN et RENO: le contrat de la procusation, paris 1871.

46- (PH) le tourneau, mandate, art en DALLOZ en cydopedie, civ, 1v.

47- PH. Simler et y, lequette: les obligations, 8e éd., D. 2002.

48- MALAURIE (PH) et AYNES(L): cours de droit civil, les obligations, 3é, éd, 1992, éd cujas et 10 éd., 1999.

49- (PH) MALINVAUD: droit des obligations, les mecanismes juridique des relations, economique, 6é, éd, 1992, libraire de la coare de cassation.

50- Marty et Raynaud, droit civil, T. 2, vol. 1, les obligations, sirey, 1962.

51- Méau – Lautour, la Domation déguisée en droit francais.

52- (H.J.F) MAZEUD: lecons de droit civil, obligations, theorie generale, T.11, N.1. 6e éd., par chabas.

53- NICOLEANO: Laprocuration indirecte lettre de paris 1912.

54- Normand, Juriscl. Proc. Civ., Fasc. 151, n° S.

55- Perrot et wiederkehr, article préc., n° 18.

56- PLANIOL: Traité de droit civil 1926, T.2, L.G.D.J., par Esmain.

57- PLANIOL et ROBEER et SAVENI: Traité de droit civil, T.11, 1954. T. 6, par Fsmain et t. 7, obligations, par Radovant, droit civil, T.2, 3e éd., par. H. Roland et L. Boyer, litec, 1991.

58- PLANIOL et RIPERT: traité pratique de droit civil, 2e éd., t. 11, 1952, par Savatier.

59- PONT. les petites contrats T.1 paris 1933.

60- POTEAU: la plocuration, No. 88.

61- (PH) PETIL: Reprasentation, DALLOZ ency colpedie civil, VII. RIEG, le role de la volonte dans l'acte juridique, these, L.G.J., 1959.

62- P. Julien, art. Préc. C.F.M. chanist – waline, la transmission des clientélés civiles, LGDJ, Bibl-droit privé, T. 244, 1994.

63- P. Voirinet et G. Goubeaux, droit civil. T. 1, 27e éd., LGDJ, 1999.

64- ROBEER: le contract de consommation, Al, 2350, Paris 1958.

65- Robert: Traité de droit comm.. 11 éd., T. 2, 1988.

66- Roland et Boyer, obligations, T. 2, 3e éd., 1967.

67- SAVENI: la revue faslia 1934.

68- SCHMIDT- STALEWSKI: droit des contrats, T. 5 libraire de la cour de cassation.

69- (H) STORK: Essai sur le mecanisme de la representation dans les actes juridique. (L.G.D.J). 1982.

Contrats et obligations, art sous art 1119, J.C. Fase 7,A, 1988.

70- TROPLONG: Commentaire du mandat, paris 1846, et Bruxelles 1847.

71- Un Article dans JCP., 11 juin 2004, n° 24, par Michel dagot.

72- Un Article dans D. 24 janvier 1991, N° 4, par Christian Larroumet.

73- VERSAILLES: 27/5/1987, Somm 177; Francais -1(T) philippe (S) et yves (L), op cit, weill (A) et Francois (T) droit civil, les obligations, 4é, éd 1986.D.

74- WEILL (A) et Francois(T): droit civil, les obligations, 4é, éd 1986, DALLOZ.

75- Cass, Francaise 5/4/1880.

76- Cass, des Réq, Francaises 12/7/1880. syri 1882.

77- Cass, Francaise 8/8/1878.

78- Cass, Francaise la chambre commerciale séane 10/2/1970. la revue fasuliae 1970, cass, ch, com, 3/5/1965 EL Bulletin.

79- Cass, Civ, 3/1/12, 1971, D, 22, 218.

80- Jugement de tribunal de Bruxelle 4/8/1842.
Gaxet tranal 12/5/1846.

81- Req, 5,4,1880.D. 80, 1,13.

82- 19/8/1883, D, préiodique 1884.
Jugement de tribunal de kain.

83- Jugement de tribunal Anger se anee 24/7/1948, la revue Fasuliae.

84- paris séance 27/5/1957.

85- Dalloz 1857.

86- Cass. Civ. 12 juin 1981, D. 1981 – 413, conci., cabannes; paris, 15 mars 1984, clunet 1985.

87- Cass. Com., 26 Avril 1982, D. cass. 1982, T.R.; D. civ. 22 mai 1986.

88- Cass. Civ. l[re], 19 juin 1984, Bull. Civ.

89- Cass. Civ. 24 nov. 1987. JCP., 1989, II. 21214.

90- Cass. Civ. l[re], 16 juin 1989, Bull. Civ. 1.

91- Cass. Civ. 3[e] 8 juill., 1992 RTD. Civ., 1993.

92- Cass. Civ. l[re] civ., 5 mai 1993, Bull. Civ. 1.

93- Com. 18 janv. 1994: D. 1996.

94- Cass. Civ. l[re], 23 mars 1994, Bull. Civ. L.D. 1994. 1 R. 98; JCP 1994. – IV 1408.

95- Cass. com., 18 janv. 1994, Defrénois 1994.

96- Cass. l[re] Civ. 7 juin 1995, D. 1995, jur.

97- Cass. Civ. 26 Févr 1998. Bull. Civ. l; Defrénois 2001, P. 237, obs. R. libchaber. D. civ. 5 Avril 2001.

98- Décision AllAquée: Cour d'appel de paris, 2[e] ch. Civ. B. 26 Févr. 1998.

99- Cass. Civ. l[re], 17 nov. 1999 contracts, conc. Consom – 2000.

100- Cass. Civ. l[re], 28 nov. 2000, RTD, Civ.

101- Cass. Civ. Ire Civ., 28 mars 2000, JCP G 2000, 11; D. 2000, P. 482, mote S. piédeliévre; D. Affaires 2000; Defrénois 2000, obs. J-L. Aubert.

102- Cass. Civ. 3e, 4 juin 2003, n° 02-12-275, Bull., Civ. 111.

103- Cass. Civ. Ire, 17 Sept. 2003. n° 01-12-925, Bull., civ.1, n° 181, RJPF 2004-1/31, obs, F. Vauville. RTD. Civ.

الفهـــرس

الموضـــــــــــــــــوع | الصفحة

© Arabic Digital Library-Yarmouk University